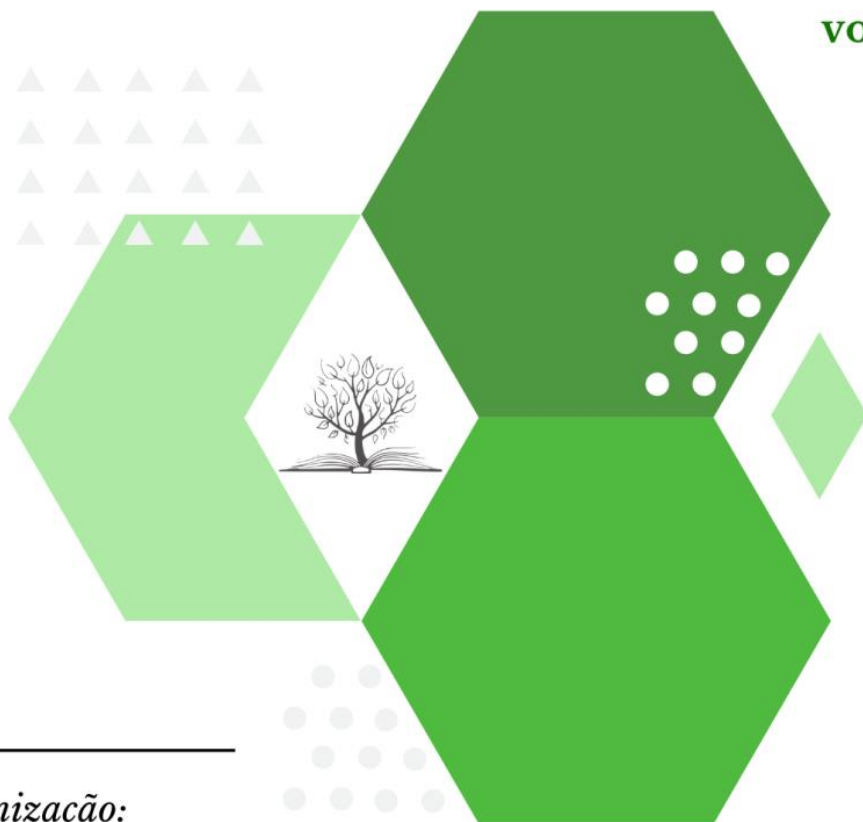


JORNADAS SOBRE ÉTICA, JUSTIÇA E GESTÃO INSTITUCIONAL

volume
05



organização:

GILVAN LUIZ HANSEN

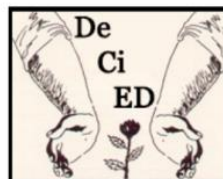
CRISTIANE DE SOUZA STEVANS FERNANDES

FELIPE STEVANS FERNANDES DE SOUZA



Universidade Federal Fluminense

Universidade de Vigo



**Democracia, Cidadania
e Estado de Direito**

GILVAN LUIZ HANSEN

CRISTIANE DE SOUZA STEVANS FERNANDES

FELIPE STEVANS FERNANDES DE SOUZA

**JORNADAS SOBRE ÉTICA, JUSTIÇA E
GESTÃO INSTITUCIONAL**

V JIEJGI

ISBN 978-85-94029-36-2

NITERÓI

Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação

2019

HANSEN, Gilvan Luiz; FERNANDES, Cristiane de Souza Stevans; STEVANS, Felipe Fernandes de Souza. Jornadas sobre ética, justiça e gestão institucional. vol. 5. Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação: Niterói, 2019.

Caderno de artigos da V Jornada Internacional sobre Ética, Justiça e Gestão Institucional – Universidade Federal Fluminense, 2019.

1. Globalização. 2. Ética. 3. Justiça. 4. Gestão. 5. Instituições. I. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito.

CONTEÚDO

Os textos reproduzidos são de inteira responsabilidade de seus autores.

EDITORAÇÃO

Cristiane de Souza Stevans Fernandes

Felipe Stevans Fernandes de Souza

Gilvan Luiz Hansen

CADERNO DE RESUMOS DA V JORNADA INTERNACIONAL SOBRE ÉTICA, JUSTIÇA E GESTÃO INSTITUCIONAL

10 e 11 de julho de 2019
Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense – UFF
Niterói, Rio de Janeiro – Brasil

COORDENAÇÃO GERAL

- Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen (PPGDIN/UFF)
- Prof. Dr. Edson Alvisi Neves (PPGDIN/UFF)
- Prof. Dr. Antón Lois Fernández Álvarez (PPGDIN/UFF)

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

Alexander Seixas da Costa
Cristiane de S Stevans Fernandes
Denis Ribeiro dos Santos
Diego de Mendonça dos Santos
Ernesto Feio Boulhosa Filho
Felipe Stevans F. de Souza Fernanda
Franklin Seixas Arakaki
João Victor Santilli
Laura Magalhães de Andrade

Marcella da Costa Moreira de Paiva
Maria Victória Brás Borja Rodrigues
Matheus Vargas Miranda Veiga
Pedro Arruda Júnior
Rosana Maria de M.S Antunes
Rosely Dias da Silva
Simone Brilhante de Mattos
Verônica Batista Nascimento
Wladimir Tadeu Baptista Soares

COMISSÃO CIENTÍFICA

Dra. Adriana Rice Geisler (FioCruz e PUC Rio)
Dr. André Hacl Castro (DeCiED)
Dr. Bruno Stigert de Sousa (UFJF)
Dr. Cândido Francisco Duarte Silva (UFF)
Dra. Célia Barbosa de Abreu (UFF)
Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior (UEL)
Dr. Clóvis Ricardo Montenegro de Lima (IBICT)
Dra. Daniela Olimpio de Oliveira (UFLA/MG)
Dr. Eder Fernandes Monica (UFF)
Dr. Elve Miguel Cenci (UEL)
Dra. Evanilda Godoi Bustamante (UFV/MG)
Dra. Fernanda Pontes Pimentel (UFF)
Dr. Fernando Gama de Miranda Netto (UFF)
Dr. Flávio Buys Gonçalves (UFF)
Dr. Guillermo Suárez Blázquez (UVIGO)
Dr. José Ricardo Ventura Correa (DeCiED)
Dra. Lívia Maria da Costa Silva (UFF)
Dr. Luís Antonio Cunha Ribeiro (UFF)
Dra. Mariana Devezas R. M. de Menezes (UFF)
Dra. Natália Maria Ventura da Silva Alfaya (FL)
Dr. Ozéas Correa Lopes Filho (UFF)
Dr. Ronaldo Joaquim da Silveira Lobão (UFF)
Dr. Rubens de Lyra Pereira (DeCiED)
Dr. Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro (UFF)
Dr. Sérvio Túlio Vieira Santos (UFF)
Dra. Tânia Márcia Kale (UNESA)
Dr. Virxílio Rodríguez Vázquez (UVIGO)

APRESENTAÇÃO

As relações humanas, na contemporaneidade, trazem consigo uma complexidade de valores, interesses, necessidades e expectativas, que geram demandas crescentes sobre as diversas áreas e segmentos sociais, com impactos significativos sobre as instituições que compõem a sociedade. Neste sentido, reivindicações sobre direitos e sobre justiça se tornam mais contundentes a cada dia, imbricando em discussões ético-morais acerca das condutas dos atores sociais envolvidos nas diferentes instituições.

Temas como a gestão das cidades, da saúde, da informações, do consumo, gestão ambiental, qualidade de vida, direitos humanos, segurança, previdência, relações de trabalho e família, cidadania, marketing, mídia e conhecimento se entrelaçam sob a perspectiva institucional, permeadas por aspectos éticos-morais e jurídicos.

Essa obra, fruto dos artigos finais da V Jornada Internacional sobre Ética, Justiça e Gestão Institucional se propôs a trazer ao debate alguns dos assuntos atinentes aos temas supracitados, propiciando a discussão sobre aspectos ligados à gestão das instituições contemporâneas, com ênfase nas questões éticomorais e político-jurídicas, bem como permitindo o diálogo e a contribuição crítica da comunidade com vistas à sequencia das reflexões.

SUMÁRIO

Eixo temático 01

ÉTICA, JUSTIÇA E GESTÃO AMBIENTAL

1. **COMPLIANCE: um sopro de ética no direito**
Maíra Ayres Torres
Wagner Da Silva Reis
Bernardo Bichara..... 17

2. **EMPRESA, DEMOCRACIA E SOCIEDADE: o compliance sob a ótica da filosofia de Jürgen Habermas**
Luiz Gustavo Campana Martins
Rosely Dias Da Silva
Clodomiro José Bannwart Júnior..... 33

3. **ÉTICA NAS ATIVIDADES BENEFICENTES**
Leila Angélica De Oliveira Castro
Lincoln Antonio De Castro..... 47

4. **JORGE STREET: FUNÇÕES DO DIREITO SOCIAL TRABALHISTA NA FORMAÇÃO DO CAPITALISMO BRASILEIRO**
Arthur Bastos Rodrigues..... 58

5. **O DIÁLOGO E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**
Cleber Da Cruz Cunha..... 70

Eixo temático 02

DIREITO, MARKETING E GESTÃO DO CONSUMO

1. **CORPO, MERCADO DE CONSUMO E AUTONOMIA DA VONTADE: um olhar acerca dos novos paradigmas éticos da sociedade contemporânea**
Fernanda Franklin Seixas Arakaki
Giovana Lomeu Terra Costa
Sarah Lopes Guerra..... 87

GESTÃO INSTITUCIONAL E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

- 1. A CONCILIAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL**
Bia Baylão Rodrigues
Livia Maria Da Costa Silva..... 100

- 2. A GESTÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ÂMBITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E A SOLUÇÃO DAS CONSEQÜÊNCIAS DA CAPTURA MEDIANTE ARBITRAGEM**
Isabella Macedo Torres
Marcella Da Costa Moreira De Paiva..... 110

- 3. A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO POLÍTICA PÚBLICA: uma análise do dever do Estado na garantia de acesso à justiça**
Joyce Abreu De Lira
Maria Victória Braz Borja Rodrigues..... 128

- 4. ACESSO À JUSTIÇA PELA MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM**
Élida Cavalcante Costa
Júlio César Ferreira Coelho
Cynthia Brulon..... 142

- 5. ARBITRAGEM NA ERA DO ECOMMERCE**
Juliana Machado Nobre
Marcella Da Costa Moreira De Paiva
Luiza Pessoa Nabuco..... 154

- 6. CÂMARAS COMUNITÁRIAS DE ARBITRAGEM: uma possibilidade para a resolução de conflitos no Brasil?**
Bianca Paiva De Oliveira
Marcella Da Costa Moreira De Paiva..... 171

- 7. CASA DA FAMÍLIA: novo modelo multiportas para resolução de conflitos no âmbito familiar**
Pahola Gyselle Carvalho Silva
Maria Luiza Oliveira..... 184

8.	DIREITO PROCESSUAL EM HABERMAS: o seu papel na teoria da adjudicação	Ernesto Feio Boulhosa Filho	202
9.	GESTÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO JUDICIÁRIO: Análise da Lei da Anistia	Sérgio Gustavo De Mattos Pauseiro Julia Esteves Barbosa Tavares De Almeida.....	215
10.	MEDIAÇÃO DE CONFLITOS EM ESCOLAS: alguns reflexos sociais e a desjudicialização de demandas	Cristiane Dutra Klever Paulo Leal Filpo.....	236
11.	MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO JUDICIÁRIO NA VISÃO DO USUÁRIO: percepções iniciais	Klever Paulo Leal Filpo Stephane Moreira Da Rocha.....	255
12.	O FENÔMENO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE	João Inácio Gonçalves Goulart Juliana Machado Nobre Marcelo Pereira De Almeida.....	269
13.	ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: desafios e oportunidades	Alexander Seixas da Costa Jerônimo Santos Lima	284
14.	PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM SÃO GONÇALO (RJ) EM PERSPECTIVA EMPÍRICA PARA A VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – FORUM REGIONAL DE COLUBANDÉ – RJ	Marcia Elaine Dias Pinheiro De Azevedo Klever Paulo Leal Filpo.....	296

**MÍDIA, CONHECIMENTO E GESTÃO
DA INFORMAÇÃO**

- 1. A DEEP WEB DA SOCIABILIDADE E A CAIXA DE PANDORA DO CARÁTER BRASILEIRO**
Gilvan Luiz Hansen
Gabriel Da Fonseca E Cunha Hansen..... **310**

- 2. DISCURSO, CRÍTICA E COMPLEXIDADE: entropia e harmonia das organizações para a inovação**
Clóvis Ricardo Montenegro De Lima
Helen Fischer Günther..... **321**

- 3. RACISMO EM FOUCAULT, A NOÇÃO DE INIMIGO PÚBLICO E O PAPEL DA MÍDIA**
Anna Carolina Cunha Pinto
Luís Antônio Cunha Ribeiro
Cristina Leite Lopes Cardoso..... **337**

SEGURANÇA PÚBLICA E PAZ SOCIAL

- 1. A INCONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI ANTICRIME (PL 882/19) E SEUS REFLEXOS NA GESTÃO DOS INDESEJÁVEIS DO ESTADO POLICIAL GENOCIDA**
Denis Ribeiro Dos Santos
Ernesto Feio Boulhosa Filho
Diego De Mendonça Dos Santos..... **349**

- 2. A (IN)CONVENIÊNCIA DA POLÍTICA DE “ABATIMENTO” NO ESTADO DO RIO JANEIRO**
Marcus Fabiano Gonçalves
Matheus Guimarães Silva De Souza
Palloma Borges Guimarães De Souza..... **370**

3.	CONTROLE SOCIAL DAS ATIVIDADES POLÍCIAS COMO GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS E SINGULARIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: estudo e comparação de casos	
	Fábio Feliciano Barbosa.....	388
4.	ENFRENTAMENTO E A LETALIDADE DA POLÍCIA FLUMINENSE À LUZ DA TANATOPOLÍTICA	
	Roberta Duboc Pedrinha Anna Carolina Cunha Pinto.....	407
5.	NOTÍCIAS FALSAS E PÓS-VERDADE	
	Rubens De Lyra Pereira Verônica Batista Nascimento.....	418
6.	O CONTROLE SOCIAL PELA MILÍCIA: o caso da favela de Rio das Pedras	
	Francisco Ramalho Ortigão Farias Anna Carolina Cunha Pinto Thiago Salles Ignatowski.....	432

Eixo temático 06

GESTÃO DAS CIDADES E INCLUSÃO SOCIAL

1.	A CIDADE SENTIDA: entendendo o espaço urbano para gerar políticas públicas mais efetivas	
	Lucas Berdague Corrêa Carlos Augusto Motta Murrer Patrícia Aurélia Del Nero.....	445
2.	A PEC 80/2019 E O ESVAZIAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	
	Maria Rita Rodrigues Ciro Antônio Da Silva Resende.....	457
3.	GESTÃO DAS CIDADES: mobilidade urbana, inclusão social e meio ambiente	
	Heraldo Carvalho Da Silveira Tânia De Albuquerque Mônica Ventura Rosa.....	470

4. **POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA:
um breve relato histórico de sua evolução**
Marcia Leite Borges
Luciana Adélia Sottili..... 486

Eixo temático 07

ÉTICA, JUSTIÇA E GESTÃO PÚBLICA

1. **AS ESCOLHAS DE PAUTA E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO STF:
dois movimentos de disrupção da função social da justiça**
Geovane Lopes De Oliveira
André Felipe Rosa Da Silva..... 500
2. **ACESSO AO SISTEMA COMISSIONAL DA CÂMARA DOS
DEPUTADOS E OS VIESES DA PARTICIPAÇÃO**
Ciro Antônio Da Silva Resende
Paula Vivacqua De Souza Galvão Boarin..... 518
3. **MANIFESTAÇÕES POPULARES E A DICOTOMIA ENTRE
DIREITO E CRIMINALIZAÇÃO**
Jéssica Da Silva Santos
Jennyfer Almeida De Albuquerque Oliveira..... 532
4. **NEOLIBERALISMO, DESIGUALDADE E PRECARIZAÇÃO: um
estudo sobre servidores públicos**
Antón Lois Álvarez
Diogo Menchise Ferreira..... 542
5. **O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO ENQUANTO
MECANISMO DE GESTÃO PÚBLICA**
Pedro Arruda Junior
Joice Talita Do Livramento Santos..... 561
6. **POLÍTICAS PÚBLICAS E CORUPÇÃO: o cenário brasileiro**
Marcia Leite Borges
Racquel Nagem Daier Nogueira
Michel Almeida De Andrade..... 572

- 7. SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE A INTERVENÇÃO FEDERAL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**
Juliana Patricio Da Paixão
Leticia Lobato Anicet Lisboa..... 588

Eixo temático 08

GESTÃO AMBIENTAL E QUALIDADE DE VIDA

- 1. AÇÕES SOCIOAMBIENTAIS PARA A PROMOÇÃO DA JUSTIÇA AMBIENTAL: Instrumentos necessários em meio ao crescimento industrial exacerbado e seus riscos ambientais**
Gleice Clara Araújo Lírio
Laura Magalhães De Andrade..... 599
- 2. IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE GERENCIAMENTO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS EM HOTELARIA: um estudo de caso**
Ana Carolina Roma Do Carmo
Paloma Martins Mendonça
Margareth Maria De Carvalho Queiroz..... 616
- 3. (IN)JUSTIÇA AMBIENTAL: questões socioambientais sobre o fim do lixão de Itaoca**
Aline Gomes Mendes
Jhulia Ferreira Medeiros
Roberta Oliveira Lima..... 626

**DIVERSIDADE NAS INSTITUIÇÕES, EMPRESAS,
RELAÇÕES DE TRABALHO E FAMÍLIAS**

- 1. A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO: a mulher gestante em atividades insalubres após a Reforma Trabalhista**
Bruna Figueiredo Costa Tiago
Carla Apollinário De Castro..... **638**
- 2. A HETERONORMATIVIDADE COMO CAUSA DE HOMOFOBIA PARA GAYS AFEMINADOS**
Fernanda Pontes Pimentel
Thiago Opolski..... **647**
- 3. A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA A PARTIR DO MANDADO DE INJUNÇÃO 4733/DF E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26/DF**
Aline Gomes Mendes
Marcelo Dos Santos Garcia Santana..... **661**
- 4. CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR E SUA EXPOSIÇÃO NA ADPF 442**
Karen De Sales Colen..... **676**
- 5. EMPREENDEDORISMO FEMININO: uma análise da pesquisa GEM 2000 -2018**
Isabel Cristina Dos Santos
Maria Do Carmo Silva Lustosa..... **688**
- 6. FEMINISMOS, DIREITO E CRISTIANISMO: implicações nos direitos das mulheres**
Karen De Sales Colen
Juliana Maia Victoriano Da Silva..... **696**

7. **PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA: representação simples ou qualificada?**
 Maria Rita Rodrigues
 Rafaela Araújo
 Ciro Antônio Da Silva Resende..... 711
8. **POLIMULTIPARENTALIDADE: um encontro possível em famílias recompostas**
 Leonora Roizen Albek Oliven
 Flávia Monteiro Carvalho Barbosa..... 724
9. **POPULAÇÃO INDÍGENA: a (in)efetividade da Organização Internacional do Trabalho na tutela dos sujeitos de direito**
 Ronaldo Joaquim Lobão
 Renata Vieira Meda..... 735
10. **VOCÊ ESTÁ DE ACORDO? Proteção de dados pessoais, dados sensíveis e consentimento em aplicativos de relacionamento entre homens**
 Sérgio Marcos Carvalho De Ávila Negri
 Ramon Silva Costa..... 749

Eixo temático 10

GESTÃO DA SAÚDE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CIDADANIA

1. **A INDIVIDUALIZAÇÃO E INTRANSCENDÊNCIA DA PENA NO CRIME DE HOMICÍDIO COMETIDO POR GÊMEOS SIAMESES**
 Pedro Arruda Júnior
 Hugo Viol Faria
 Suellen Silva Pereira..... 762
2. **ABORTO E MULHERES NEGRAS: a importância do Sistema Único de Saúde**
 Marselha Evangelista De Souza
 Geovane Lopes De Oliveira..... 773

3. DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO	
Dara Mazula Pinheiro De Castro Rafaelle Monteiro De Castro.....	787
4. HUMANISMO JURÍDICO, TRANSMISSÃO DO HIV/Aids E DIREITO SISTÊMICO	
Monica Paraguassu Correia da Silva.....	800
5. JUDICIALIZAÇÃO DO SUS: o máximo existencial e a reserva do necessário como princípios constitucionais implícitos do Direito à uma existência digna	
Wladimir Tadeu Baptista Soares Arianna Kassiadou Menezes Mariana Sanguedo.....	814
6. MERCADO DE CONSUMO E EUGENIA: uma análise à luz dos direitos humanos e da bioética	
Fernanda Franklin Seixas Arakaki Eduardo Sameck Martins Dos Santos Mateus De Oliveira Souza	831
7. O DIREITO DE ACESSO À SAÚDE NO BRASIL E A CONSTITUCIONALIDADE DO RESSARCIMENTO AO SUS PREVISTO NA LEI 9.656/98	
Agnaldo Machado Graziela De Caro Reis Machado.....	843
8. PENSANDO O APERFEIÇOAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA EM SAÚDE COMO BEM COMUM: um estudo de caso sobre as potencialidades e obstáculos para a participação cidadã no SUS	
Andrey Da Silva Brugger Geovane Lopes De Oliveira.....	855
9. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DA MISTANÁSIA	
Alexander Seixas Da Costa Celia Barbosa Abreu Jerônimo Santos Lima.....	864
10. SEXUALIDADE E VULNERABILIDADE: o Direito Penal como ultima ratio na busca da harmonia social	
Fernanda Franklin Seixas Arakaki Rosana Maria De Moraes E Silva Antunes.....	879

- 11. UMA ANÁLISE A RESPEITO DOS LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS NÃO DISPENSADOS PELO SUS**
Raquel Nery Cardozo
José Carlos Cardozo..... **891**

Eixo temático 11

**JUSTIÇA TRIBUTÁRIA, ORÇAMENTO E
DEMOCRACIA**

- 1. DEMOCRACIA FISCAL**
Mônica Gonçalves Aderne Freitas,..... **908**
- 2. LEI KANDIR: Análise dos principais impactos no estado de Minas Gerais**
Maria Inês Murguel
Natália Freitas Miranda..... **926**

Eixo temático 01



**ÉTICA,
JUSTIÇA
E GESTÃO AMBIENTAL**

COMPLIANCE

Um sopro de ética no Direito

Bernardo Bichara

*Mestrando em Direito (UCP),
Especialista em Direito do Estado e da Regulação (FGV RJ),
bernardobichara@gmail.com*

Maíra Ayres

*Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios (UFF), Mestre em Direito da Regulação
(FGV RJ), Especialista em Direito Público (UCAM), mairaayres@gmail.com*

Wagner Reis

*Doutorando em Direito, Instituições e Negócios (UFF), Mestre em Ciência Política-
PPGEM-EGN, Especialista em Direito Civil (UERJ),
wagner@init6.com.br*

RESUMO

O tema da pesquisa é *compliance*. Um recorte fático leva ao objeto de investigação que é a interação entre Direito e Ética resultante do advento de uma cultura de integridade instituída por intermédio de programas de *compliance* em instituições públicas e privadas, notadamente no meio empresarial. O objetivo do estudo foi o de compreender a relação entre Direito e Ética em um programa de *compliance*. A justificativa reside na contribuição epistêmica de obrigações de natureza distintas, e por se adequar aos assuntos do grupo de trabalho formado para o estudo de temas ligados à ética, justiça e gestão empresarial. A metodologia caracteriza-se, quanto à finalidade, como uma pesquisa básica; com abordagem qualitativa; em função do objetivo, descritiva; tendo sido utilizados procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental, com elementos *ex-post facto*. O desenvolvimento se dá a partir de introdução com contextualização; em uma segunda etapa pelo delineamento de um esboço histórico do debate entre direito e ética; e, a seguir, enfrenta-se a problemática do debate entre direito e ética sob a perspectiva do programa de *compliance*. Dentre as conclusões pontua-se a falta de estudos teóricos sobre essa questão e a constatação de que as normas de *compliance* se efetivam como verdadeira obrigação ético-jurídica.

Palavras-chave: Direito e Ética; Integridade; Ordenamento Jurídico.

INTRODUÇÃO

Há, pelo menos, três séculos, juristas e jusfilósofos debatem a relação entre Direito e Ética¹. Dessa disputa teórica brotaram inúmeras concepções sobre qual é o objeto da ciência do Direito. No desenrolar dessas ideias, o Direito já foi completamente apartado da Ética (pelos positivistas), onde estava contido, desde as primeiras civilizações (conforme entendiam os jusnaturalistas), sendo colocado ao lado e em interseção com ela (na esteira do entendimento pós-positivista).

Esse esquema sintético, em três grandes escolas de pensamento sobre Teoria do Direito, por óbvio, não dá conta da pluralidade de compreensões que se desenvolveram a partir das premissas básicas defendidas por cada uma, que não necessariamente nega por completo ou suplanta as propostas das demais, senão que, por vezes, preocupa-se em analisar a questão sobre ângulo diverso.

Diante disso, pode-se questionar: existe algo mais a ser discutido sobre essa relação entre Direito e Ética que ainda não tenha sido objeto de pesquisa? Parece-nos que sim.

Isso porque, surgiu, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, uma, até então despercebida, interação entre Direito e Ética que escapa ao campo da introdução de aspectos valorativos no Direito – sobretudo no Direito Constitucional – e da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados a partir de elementos da Moral. Essa nova interação caracteriza-se pela configuração da conduta ética como uma obrigação jurídica e do Direito como um fomento à conduta ética.

Admitida a concepção de que o Direito se presta a promover a justiça e a pacificar as sociedades, tem-se que reconhecer que tais fins não são exclusivos do Direito e, pois, não são alcançáveis apenas pelos mecanismos que lhe são próprios. Nessa seara, o artigo proposto tem por escopo examinar a nova interação entre Direito e Ética resultante do advento de uma cultura de integridade que se vem formando e robustecendo com a implementação de programas de *compliance* em instituições públicas e privadas, notadamente no meio empresarial.

Do ponto de vista da Teoria do Direito, a relação instaurada entre Direito e Ética, a partir dessa nova dinâmica, parece não se enquadrar perfeitamente nas concepções das grandes escolas de pensamento que se dedicaram a estudá-la. Até mesmo porque, provém de uma realização prática das instituições e não de uma construção teórica.

¹ Devemos destacar que, para os fins desse trabalho, não incursionaremos pelo debate sobre se há e qual seria a diferença entre Ética e Moral. O que nos importa aqui é a compreensão da necessidade de atuar segundo uma pauta de valores que não são estabelecidos pelo Direito, podendo existir independentemente dele.

Além disso, emerge de uma experiência que não é exclusivamente jurídica, eis que o *compliance*, embora tendo um inegável viés dessa natureza, a ela não se restringe, derivando de uma interseção de ciências. Se, por um lado, a cultura de integridade promove uma aproximação entre Direito e Ética estranha aos positivistas, por outro, essa interseção não se dá, primordialmente, por uma internalização valorativa no Direito e por uma influência na interpretação sobre conceitos jurídicos, como característico da perspectiva pós-positivista.

Nessa nova relação que se vem construindo entre Direito e Ética, não há, propriamente, uma inspiração buscada nesta para a construção daquele, mas sim uma imposição pelo Direito de que se observe a Ética por ela mesma e não o que poderíamos chamar de uma ética juridicizada, ou seja, de preceitos éticos que foram incorporados ao direito positivo para se tornarem cogentes.

Sob essa ótica, as balizas que distinguem um e outro campo do conhecimento vão se tornando ainda mais tênues e de difícil identificação, o que parece constituir um novo desafio aos teóricos do Direito. Para o desenvolvimento dessas ideias, realizaremos uma revisão bibliográfica de obras expressivas do positivismo e do pós-positivismo que se ocuparam do estudo da relação entre Direito e Moral, traçando um esboço histórico acerca das diferentes compreensões sobre a mesma.

Em seguida, abordaremos a nova perspectiva dessa relação, à luz do exame de como a legislação anticorrupção brasileira, a partir do incentivo ou mesmo da obrigação - em alguns casos - de instituição de programas de *compliance*, representou um fomento à constituição de uma cultura de integridade, que redimensionou a interação entre Direito e Ética. O Estado, a partir de uma heterorregulação estimulou e, em algumas hipóteses, impôs aos particulares o dever de promoverem uma autorregulação voltada à implementação de condutas éticas.

Daí porque ser o *compliance* uma espécie de regulação, mas não apenas jurídica. O Direito tem parte na efetivação do *compliance* no aspecto da heterorregulação e como objeto parcial da autorregulação das instituições reguladas, que, porém, alcançará outras searas, inclusive a Ética.

A partir dessa análise será possível sugerir a existência de um novo viés dessa relação, em que a Ética é constituída em verdadeira obrigação jurídica e o Direito em instrumento de fomento da Ética. Diante dessa constatação, cogitar-se-á a necessidade de os teóricos do Direito avançarem seus estudos na direção dessa fronteira da interação entre Direito e Ética.

Nessa ordem de ideias, para alcançar plenamente ou, ao menos, satisfatoriamente sua finalidade, o Direito precisa estar coadjuvado pela Ética.

Convém frisar que a proposta deste trabalho não é a de destrinchar a dinâmica dessa interação, o que sequer seria compatível com os estreitos limites do mesmo. O que, de fato, se intenciona é apenas sustentar a existência de uma nova fronteira para esse debate, que carece de maior estudo e aprofundamento.

A metodologia empregada será a revisão bibliográfica de obras significativas acerca do debate entre Direito e Ética, bem como a análise sobre como a legislação anticorrupção brasileira serviu de fomento à formação de uma cultura de integridade, ainda em desenvolvimento, no ambiente empresarial.

O resultado dessa análise será a constatação de uma interação entre Direito e Ética diversa da até então objeto da preocupação dos positivistas, por não se limitar à incorporação jurídica de conceitos éticos e/ou aos mecanismos de interpretação jurídica de tais conceitos, mas sim – e isto que parece novo – da configuração do comportamento ético em geral, não especificado normativamente, como uma obrigação jurídica.

Para tanto, dividiremos o presente *paper* em duas partes. A primeira tratará de forma sucinta do esboço histórico do debate entre Direito e Ética. Na segunda parte, será abordada essa nova interação, acima descrita.

1. ESCORÇO HISTÓRICO DO DEBATE ENTRE DIREITO E ÉTICA

A distinção entre Direito e Ética ganha relevância a partir do desenvolvimento do Positivismo Jurídico, que, dentre as suas diferentes matizes – que vão desde sua concepção inaugural forjada por Austin e Bentham até a sua formulação mais sofisticada elaborada por Hebert Hart, passando por sua vertente mais conhecida, chancelada por Hans Kelsen –, tem como característica comum a separação entre Direito e Ética.

Até esse momento, o Direito era compreendido a partir de uma concepção jusnaturalista, que variava entre justificações de cunho filosófico ou religioso, mas sempre metafísico. Aristóteles, por exemplo, em sua notável obra *Ética a Nicômaco*, anotava que:

Nas disposições sobre todos os assuntos, as leis visam à vantagem comum, seja a de todos, seja a dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo semelhante, de tal modo que, em certo sentido, chamamos justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade e os elementos que a compõem para a sociedade política. E a lei determina que pratiquemos tanto os atos de um homem corajoso (isto é, que não desertemos de nosso posto, nem fujamos, nem abandonemos nossas armas), quanto os atos de um homem temperante (isto é, que não cometamos adultério nem nos entreguemos à luxúria), e os de um homem calmo (isto é, que não agridamos nem caluniemos ninguém); e as-

sim por diante com respeito às outras virtudes, prescrevendo certos atos e condenando outros (ARISTÓTELES, 2007, p. 104-105).

Coube a Kelsen (2006, p. 68-71) formular uma teoria positivista que fez carreira no mundo, segundo a qual tanto o Direito quanto a Moral seriam sistemas de regulação das condutas humanas e não se distinguiriam entre si pelo caráter interno ou externo das condutas que prescrevem, tampouco pela forma como são produzidos ou aplicados, mas sim pela possibilidade de coerção que é própria do Direito.

Segundo o autor austríaco, a moral não seria coercitiva, senão quando as suas condutas fossem preceituadas em termos jurídicos. Nesse caso, a força coercitiva adviria da imposição legal de uma conduta que também é contemplada pela Moral.

Daí porque, para Kelsen (2006, p. 71-76) não há uma relação de necessidade entre Direito e Justiça. Se só existisse Direito justo, ter-se-ia o Direito como um campo interno à Moral, pois sua validade estaria atrelada a um juízo moral sobre seu caráter justo ou injusto. Além disso, para que tal valoração fosse possível, o parâmetro de aferição a ser utilizado teria de ser absoluto, porém a Moral é relativa.

Mas, se o Direito não precisa responder a ditames de justiça e moralidade, onde residiria seu fundamento de validade?

Dirá Kelsen (2006, p. 215-217) que o fundamento de validade de normas jurídicas só pode ser outras normas jurídicas que lhe precedam, num encadeamento lógico-formal que conduziria até uma norma jurídica fundamental (*Grundnorm*).

As fragilidades dessa teoria, que reduzia o direito à legalidade positivada, criticada desde o final do século XVIII, foram provadas em definitivo com o advento dos horrores dos regimes totalitários, notadamente o nazismo (HESPANHA, 2009, p. 322-325), nos quais foram cometidas atrocidades respaldadas pela lei vigente na Alemanha, a qual extraía sua validade de um sistema normativamente lógico, mas valorativamente condenável.

Ainda houve quem buscasse insistir no pensamento positivista, a exemplo de Hart (2011, p. 89-109, 128-129), que construiu uma teoria mais sólida, fundada numa tese menos intangível acerca da validade do Direito do que a pressuposta *Grundnorm* kelseniana. Além de uma explicação mais palpável sobre o sistema de justificação de uma norma jurídica por outra, o pensador britânico introduziu um novo elemento no conceito de Direito, de cuja existência a validade das normas não poderia prescindir, qual seja, a aceitação daquelas pelos seus destinatários, os agentes do Estado incumbidos de aplicá-la.

Todavia, esse senso de impositividade das normas, acarretador de sua aceitação, a que alude o professor de Oxford, não deriva de juízos valorativos

sobre a mesma, pois, para Hart (2011, p. 216-228), assim como para os demais positivistas, um sistema jurídico pode subsistir independentemente de sua eventual imoralidade.

Fato é que a experiência trágica de adoção desvirtuada do modelo positivista aliada ao incremento crescente de situações novas e complexas que não encontravam previsões de solução nos ordenamentos jurídicos levou à emergência de uma nova concepção sobre o Direito, chamada de Pós-Positivista.

Conforme acentua Calsamiglia (1998, p. 209) as teorias pós-positivistas singularizam-se pelo questionamento a duas teses fundamentais do positivismo, a saber: as fontes sociais do direito e a não conexão necessária entre Direito e Moral.

Superada à associação restritiva do conceito de Direito ao de direito positivo, a Teoria do Direito passou a revelar uma dupla dimensão, normativa e conceitual, ambas permeadas por juízos valorativos (DWORKIN, 2011, p. VIII-XI).

Tal circunstância fica muito clara na afirmação de Dworkin:

Assim, as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do direito deve trazer à luz esses problemas e enfrentá-los como problemas de teoria moral (DWORKIN, 2011, p. 12).

Em verdade, uma adequada compreensão do pós-positivismo impede de uma contextualização do momento histórico em que o mesmo se desenvolveu. Nesse sentido, não se pode perder de vista que durante o processo de derrocada do positivismo, e contribuindo decisivamente para isso, irromperam fatos históricos e mudanças econômico-sociais que revolucionaram o mundo.

Como espólio das duas Grandes Guerras e dos regimes totalitários que apavoraram a humanidade, restou, a necessidade de, em grande medida, refazer-se o direito positivo de inúmeros países. Assim, foram editadas novas constituições que alteraram substancialmente o direito positivo, porque impregnadas de valores morais e conceitos jurídicos indeterminados (CASTRO, 2003, p. 45-59).

Impõe-se perceber, então, que o material de trabalho dos positivistas não é o mesmo dos pós-positivistas, pois o direito positivo sobre o qual cada grupo se debruçou era substancialmente diverso. Hart salientou que os ordenamentos jurídicos modernos estão impregnados de conteúdo moral, chegando a afirmar:

[...] as leis podem ser uma mera carapaça jurídica e exigir pelos seus termos expressos que sejam preenchidas com recurso a princípios morais; o elenco de contratos tutelados juridicamente pode ser limitado por referência a concepções de moral e de equidade; a responsabilidade pelos ilícitos civis e criminais pode ser ajustada aos pontos de vista prevalentes de responsabilidade moral. Nenhum “positivista” poderá negar estes factos, nem que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte de tais tipos de correspondência com a moral. Se tal for o que se quer dizer com a expressão conexão necessária do direito e da moral, então a sua existência deve ser admitida. (HART, 2011, p. 220)

Além disso, os avanços tecnológicos que se seguiram ao pós-guerra contribuindo para e aliado à globalização tornaram o mundo como um todo infinitamente mais complexo, inclusive em termos de relações sócias, do que o que se conhecia até então, há milhares de anos.

Nesse cenário, tem-se que a ilusão de completude do ordenamento jurídico cai por terra e o número de situações em que o direito positivo não oferece uma solução jurídica adequada para os casos difíceis cresce exponencialmente. Assim, uma teoria construída para solucionar os casos fáceis parece não mais ser consentânea à realidade (CALSAMIGLIA, 1998, p. 211-212).

Em acréscimo, o novo direito positivo, construído a partir de uma linguagem de textura aberta, permeável a conceitos morais, políticos e econômicos, impede que o método da subsunção continue a orientar, sozinho, a aplicação do Direito. Deslocada a importância da produção das normas para a sua efetivação, cresce de relevância, para a aplicação do Direito, o estudo da interpretação das normas e do mecanismo de solução do entrechoque delas pela ponderação.

Por essa razão, no pós-positivismo, ganha importância, para a Teoria do Direito, o estudo da hermenêutica jurídica e da argumentação jurídica. Sobretudo porque o desenvolvimento da racionalidade destes processos poderá assegurar o estudo científico do Direito, não o relegando a uma perspectiva de validade metafísica.

Embora o pensamento pós-positivista tenha se sedimentado na quadra atual, a preocupação dos seus teóricos mais expoentes tem-se centrado na discussão sobre a força normativa dos princípios e nos mecanismos de interpretação do Direito influenciado pela Moral.

Por isso, na segunda metade do século XX o direito protagonizou uma “virada de copérnico” com as teorias baseadas na linguagem. A racionalidade se expressa na linguagem, e isso independe do aspecto normativo do qual se utiliza, seja da lei seja das demais normas, nesse sentido citam-se Bannwart Júnior e Fuga:

O paradigma moderno se estendeu o século XX, quando sobreveio a chamada reviravolta pragmática da linguagem. Muito se tem afirmado

que a linguagem consubstanciou o terceiro paradigma a movimentar a reflexão filosófica contemporânea. Inaugura-se o paradigma da comunicação ou intersubjetividade. A racionalidade passa a ser cifrada na linguagem, abandonando a consciência subjetiva. Essa mudança é pautada no pressuposto de que a racionalidade navega na dimensão pragmática da linguagem, nos atos de fala, a saber, na forma como o ser humano interage socialmente e comunicativamente através do uso linguístico. A reviravolta pragmática linguística reposiciona a racionalidade na própria linguagem e, a partir desse novo paradigma, ocorre um deslocamento na forma de conferir o conhecimento filosófico. É no campo dessa modificação paradigmática, ocorrida no interior da Filosofia contemporânea, que a reflexão jurídica e com ela o arcabouço correlato da razão prática (ética, moral e política) encontrará possibilidade de redimensionar o processo de legitimação do Estado democrático, bem como sua base jurídico-normativa (BANNWART JÚNIOR; FUGA, 2019, p. 29).

A teoria proposta por Ronald Dworkin é bastante expressiva dessa questão. Para o jusfilósofo americano o Direito se constrói de forma dinâmica e encadeada, como se fosse um romance escrito em sequência por autores diferentes que precisam manter uma coerência na história a ser contada (DWORKIN, 2003, p. 275-286).

Essa coerência adviria da concepção do Direito como integridade, segundo a qual, dever-se-ia admitir que o Direito estaria alicerçado sobre princípios de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo (DWORKIN, 2003, p. 275-291).

Parece, contudo, que a ênfase conferida a esse aspecto da relação entre Direito e Moral tem prejudicado a incursão por outras discussões necessárias acerca dessa interação. Além disso, o presente debate apresenta-se como de suma relevância quando se está a falar do *compliance*, seara esta que será abordada com mais detalhamento a seguir.

2. COMPLIANCE: NOVA FRONTEIRA DO DEBATE DIREITO E ÉTICA

Assumida a premissa pós-positivista de que o Direito não pode ser puramente formalista, possuindo uma intrínseca dimensão valorativa, compreende-se que a sua finalidade é promover uma pauta de valores que, em síntese, tem o escopo de garantir a justiça e a pacificação social. Sob essa perspectiva, se o Direito se frustra nesse intento, ele perde toda e qualquer função. Daí porque Perelman afirmar que:

[...] mesmo que se reconheça o papel específico do direito, a busca da segurança jurídica, a busca de um consenso social não lhe permite desprezar os valores que ele compartilha com a moral e a política, a saber:

a justiça e o bem comum ou o interesse geral (PERELMAN, 2005, p. 423-424).

O problema é que o alcance de tais finalidades não é um objetivo exclusivo do Direito e não pode ser obtido apenas através dos mecanismos preconizados por este. Numa sociedade moralmente degenerada, o Direito torna-se impotente.

No que diz respeito à ética, Hansen pontua que as diferentes formas de se abordar o problema ético vem se modificando ao longo da história, e esse entendimento vem ao encontro do objetivo deste artigo sobre uma das virtuosas consequências da implantação de programas de *compliance*, cita-se:

O conflito de interpretações da ética entre concepções universalistas e particularistas perpassará também a modernidade, mas como há uma complexificação e sofisticação ainda maiores dos discursos éticos nesse período, fator que demandaria uma investigação específica sobre o tema [...] (HANSEN, 2000, p. 59).

Fato é que o debate entre o direito natural e o positivismo jurídico é extremamente atual para a seara do *compliance*, uma vez que as abordagens regulatórias do *compliance*, as quais pretendem fomentar e exigir o cumprimento de condutas íntegras pelas instituições passam a ser objeto de exigência atual, qualquer que seja o âmbito de atuação da organização que se esteja a analisar. É dizer, por meio do direito passou-se a demandar que comportamentos, sobretudo, no mundo corporativo, fossem orientados a uma observância de preceitos éticos comungados por um espectro de atores que compõem uma sociedade (OSÓRIO, 2018, p. 339-342).

No Brasil esse fenômeno é bastante explícito. Há anos a sociedade brasileira é diariamente confrontada com a comprovação de que parcelas expressivas dos setores público e privado estruturam suas atividades sobre as vigas da corrupção e que tal organização societária remonta às origens do Estado brasileiro.

A explicação para isso não é a falta de leis que coíbam este tipo de prática, tampouco a ausência de um sistema de repressão a tais condutas. O motivo de tamanha impunidade, que fez a corrupção triunfar por tanto tempo, tampouco deriva de dificuldades interpretativas sobre o Direito, inclusive porque, em matéria de sanção de condutas infracionais, de cunho criminal ou administrativo, a lei aplica-se, de modo geral, através da mera subsunção, não havendo para tanto, a necessidade de se ponderar conceitos jurídicos indeterminados de inspiração moral.

A razão para a complacência com o desvio, com a ilicitude, repousava no fracasso ético da sociedade brasileira. A grande virada nessa questão se deu quando o Direito brasileiro encontrou a Ética, não como mera fonte de inspiração para sua criação ou interpretação, mas como uma ferramenta de realização. Sem que, no plano teórico, houvesse qualquer discussão sobre essa

questão, na prática, o Direito transformou o comportamento ético numa obrigação jurídica.

Um exemplo pode ser bastante elucidativo.

Em 2013, foi editada a Lei Federal nº 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção. Dita lei estabeleceu a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira.

Essa previsão é crucial, pois, em razão dela uma pessoa jurídica pode ser sancionada por atos cometidos por terceiros em seu benefício, exclusivo ou não, que sejam lesivos à Administração Pública, independentemente de ter requerido, autorizado ou mesmo de ter conhecimento sobre esse ato, desde que este terceiro possua algum vínculo com àquela, a permitir a constatação de um nexo de causalidade (PIMENTEL FILHO, 2017, p. 61-65).

O efeito de semelhante previsão legal é criar para as pessoas jurídicas a necessidade de exigir uma conduta ética dos seus próprios colaboradores e dos terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, com quem interage, bem como o de fiscalizá-los (BLOK, 2018, p. 124-125).

Além disso, a mesma lei estabelece como sanções administrativas aplicáveis às pessoas jurídicas, uma multa de até 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo e publicação extraordinária da decisão condenatória em meio de comunicação de grande circulação, na sede da pessoa jurídica e em seu sítio eletrônico.

Essa multa poderá ser atenuada em até 4% se a pessoa jurídica tiver um programa de integridade eficiente. Em acréscimo, prevê a lei que as pessoas jurídicas condenadas figurarão em um Cadastro de Empresas Punidas. Por fim, a aludida lei abre a possibilidade de uma pessoa jurídica firmar um acordo de leniência.

Tem-se, pois, que a Lei Anticorrupção incorporou a ética como um relevante jurídico. É dizer, ela estabeleceu consequências jurídicas para a adoção ou a rejeição de comportamentos éticos.

Em um passo além, diversas outras leis transformaram a ética numa verdadeira obrigação jurídica. Assim é que a Lei nº 7.753/2017 do Estado do Rio de Janeiro e a Lei nº 6.112/2018 do Distrito Federal passaram a exigir a implementação de programas de integridade de pessoas jurídicas que firmem pactuações (contratos, convênios, concessões etc) com a Administração Pública, em determinados casos.

A análise dessa obrigação através de um enfoque positivista conduziria a uma ausência de conclusão ou a uma conclusão insuficiente sobre o objeto do Direito revelado nessa imposição. Isso porque, embora haja um comando que, uma vez violado acarreta uma sanção, a determinação nele

contida, para ser corretamente revelada, exige uma incursão por meandros alheios ao Direito, ou seja, que não se esgotam na própria descrição normativa.

Compreende-se que as relações humanas seguem critérios de atuação para que se desenvolvam as existências em harmonia, em que pesem existirem interesses distintos acerca dos objetos escassos.

Conforme Ana Karine Miranda:

Destarte, atualmente se verifica no contexto social uma nova ideia de Justiça: a coexistencial ou conciliatória, que compreende, no âmbito do Poder Judiciário, o mais alto nível de justiça: a resolução da totalidade da lide com a preservação das relações interpessoais e sociais. (MIRANDA, 2014, p. 65-66).

Ainda que existam normas densificando juridicamente como devem ser construídos programas de *compliance*, também estas normas se constituem em portas abertas para o campo da Ética, e não apenas o fazendo participar do processo de construção do Direito como instrumento interpretativo de conceitos indeterminados, mas sim como parte do objeto do próprio Direito.

Segundo Frazão e Carvalho:

[...] o *compliance* deve ser capaz de inculcar nos indivíduos uma cultura corporativa comprometida não somente com o cumprimento da letra fria da lei, mas antes de tudo com um arcabouço de valores éticos que permite a verificação dinâmica lícito e do ilícito, do moral e do imoral (FRAZÃO; CARVALHO, 2018, p. 137).

O *compliance* passa, portanto, a figurar como instrumento apto a integrar uma exigência de conformidade geral de uma instituição aos padrões de integridade, os quais serão objeto de verificação tanto no plano horizontal quanto no plano vertical. Noutros termos, determinada organização passará não somente a ser demandada frente a tal adequação pelo poder público, por via dos modos de coerção estatais, nos termos dos diplomas legislativos acima enunciados; mas também passará a ser exigida, horizontalmente, quer dizer, por seus próprios pares que figurem em seu mesmo segmento de atuação (LIMA, 2018, p. 181).

Em outras palavras, a Ética passa a integrar o Direito não porque este tenha pinçado um ou outro específico elemento seu para torná-lo também jurídico, mas sim porque o Direito, em determinadas situações, preconiza que um agir antiético não previamente descrito em norma jurídica possa consubstanciar um descumprimento de norma jurídica.

Imagine-se um caso concreto em que uma empresa está sendo responsabilizada pela prática de ato de corrupção. Para aplicar a sanção legal a esta empresa, a autoridade administrativa terá de verificar se incide no caso a atenuante prevista no artigo 7º, VIII da Lei Federal nº 12.846/2013, apuran-

do a “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Em síntese, para receber o benefício legal consistente na redução da multa, a pessoa jurídica deverá comprovar a existência de um programa de *compliance* efetivo, considerando parâmetros estabelecidos no decreto regulamentador da lei. Contudo, a análise desses parâmetros demonstra uma extrema fluidez dos mesmos, a exigir um exame da conduta específica da pessoa jurídica (VERÍSSIMO, 2017, p. 310-328).

Como definir, *a priori*, se a cúpula da pessoa jurídica realmente está comprometida com o programa de *compliance*, ou que o código de ética da mesma é consistente e realmente internalizado no cotidiano de seus colaboradores?

É dizer, como saber se o programa de *compliance* da pessoa jurídica é “de papel” ou é efetivo, como exige o decreto?

Isso só é possível por uma análise casuística do comportamento da pessoa jurídica e do seu cotejo com a ética que se pode esperar dela em cada situação específica. Mas essa situação é invulgar pois há normas estabelecendo sanções jurídicas (premiais ou punitiva) para o cumprimento ou a inobservância de preceitos éticos e não jurídicos.

E a hipótese aqui versada, repita-se, não é a de um preceito ético reproduzido como preceito jurídico, por exemplo, uma vedação à bigamia, que pode ser analisada como uma interdição moral e ao mesmo tempo jurídica.

A diferença da situação reside no fato de que aqui a norma jurídica interdita comportamentos que firam a ética, de forma genérica, sem discriminá-los.

Isso tem um potencial revolucionário, na medida em que institui a ética como um fim a ser perseguido.

Quando, por exemplo, o inciso VIII do artigo 42 do Decreto Federal nº 8.420/2015 estabelece como um parâmetro dos programas de *compliance* a realização de “diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados”, ele deixa claro que determinadas situações de infringência ética de terceiros que mantém relacionamento com uma pessoa jurídica podem acarretar responsabilidade desta.

O efeito disso é criar a necessidade de, mesmo nas relações privadas, as pessoas jurídicas respeitarem a ética como um padrão de atuação a ser por elas seguido e exigido (WANICK, 2017, p. 555-562). Assim, fomenta-se, a partir de uma previsão jurídica, o desenvolvimento de um ambiente de proliferação da ética.

Não se pode deixar de atentar para essa nova perspectiva de combate às condutas desviantes a partir de um fomento a uma mudança cultural norteada pela ética, ao invés da simples instituição de sanções rigorosas contra os atos que se pretende evitar - o que, historicamente já se provou inefetivo. Daí porque Nohara afirmar:

Por isso que o *compliance* se apresenta como uma ferramenta alvissareira no combate à corrupção, pois ele foca no problema central da presença de corrupção, que é justamente a necessidade de mudança da cultura de integridade por dentro das organizações, para que esse parâmetro mais ético se reflita *a posteriori* no relacionamento entre público e privado, isto é, nos negócios celebrados com o Poder Público (NOHARA, 2018, p. 33).

Partindo da premissa de que a corrupção é antes um problema cultural que jurídico (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 234-35), temos que o seu combate passa, igualmente, por uma alteração comportamental, que instaure uma nova cultura de comprometimento com a integridade. Trata-se, pois, de conferir um contorno moral do social, no qual a maximização da utilidade e do bem estar dos indivíduos ceda lugar a condutas mais colaborativas e orientadas a um contexto de integração dos agentes sociais, superando-se uma lógica puramente utilitarista de todos contra todos (CAMPOS, 2019, p. 37-39).

Nessa ordem de ideias, torna-se inadmissível, por exemplo, que uma pessoa jurídica contrate um despachante que, reconhecidamente, atua com tráfico de influência, para a obtenção de uma licença junto a uma repartição pública, que poderia ser solicitada via *internet* pelo preenchimento de um formulário padrão, ainda que ela não dê nenhuma ordem para que ele atue de forma ilícita.

Numa perspectiva tradicional, poder-se-ia defender a impossibilidade de punição da pessoa jurídica contratante por não existir nenhum ato seu contrário ao Direito. Porém, é evidente a inadmissibilidade da postura dessa contratante que já conhecendo a fama do contratado, esperava mesmo pela atuação indevida deste, ainda que sem orientá-lo nesse sentido.

O problema aqui posto, como advertido, não é de interpretação de uma norma jurídica ou de perquirição do conteúdo moral subjacente a um conceito de uma norma de textura aberta. O problema em análise é o da possibilidade de se estabelecer consequências jurídicas para transgressões éticas não especificadas de forma pormenorizada em normas legais.

Essa é, portanto, a fronteira da interação entre Direito e Ética que se apresenta como uma realidade prática e como carente de um maior desenvolvimento teórico.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, tem-se que o pós-positivismo, após ter propugnado por uma nova concepção da relação Direito e Ética, pautada na interseção e mútua influência destas duas ciências, restou por restringir o campo de análise dessa relação à análise da introdução de conceitos indeterminados de inspiração Ética no Direito e da hermenêutica das normas jurídicas de textura aberta.

Esta ênfase, embora compreensível pelas circunstâncias de desenvolvimento do pós-positivismo, limitou o objeto de estudo das teorias com esta inspiração, deixando a descoberto uma importante fronteira dessa dinâmica, que merece ser explorada.

A despeito da falta de uma evolução teórica sobre essa questão, a realidade prática encarregou-se de explicitar esse novo viés da relação Direito e Ética em que esta passou a ser compreendida como verdadeira obrigação jurídica e o Direito como seu instrumento de fomento, de que são exemplo as normas de *compliance* do ordenamento jurídico pátrio.

Fato é que esta forma de interação já admitida na prática constitui-se em importante campo de investigação a ser explorado pelos teóricos do Direito, a fim de delimitar as balizas da ciência jurídica, não se mantendo, portanto, alheio à pauta de discussões na atualidade.

Isto porque, longe de revelar-se como um debate sem relevância nos dias de hoje, a relação entre Direito e Ética passa a ser revisitada, a partir das discussões acerca do papel dos mecanismos de *compliance* frente as mais variadas instituições mundiais. Em especial, quando se tem como pano de fundo o contexto mundial contemporâneo de verdadeira crise moral vivenciada por conglomerados econômicos de outrora, que gozavam de elevada reputação, indivíduos tidos como de reputação ilibada, ou mesmo, por Estados-Nação abalados por episódios de desvirtuamentos éticos em variados episódios internos de sua história.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Filosofia do Direito*. 3. ed. Londrina: Thoth, 2019.
- BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 21-I, pp. 209-220, 1998.

CAMPOS, Diogo Leite. A Sociedade Comercial Ética. In: OLIVEIRA, Luís Gustavo Miranda de (org.). *Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos*. Vol. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
_____. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Ângelo Gamba Prata de. Corrupção, cultura e *compliance*: o papel das normas jurídicas na construção de uma cultura de respeito ao ordenamento. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Ângelo Gamba Prata de. CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coords.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

HANSEN, Gilvan. Espaço e Tempo na Modernidade. *GEOgrafia – Revista do Programa de Pós-Graduação em Geografia da UFF*. V.2, nº3, 2000.

HEBERT, Hart. L. A. *O Conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. *Compliance: prevenção de responsabilidade nos negócios e contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MIRANDA, Ana Karine Pessoa Cavalcante. Um olhar para o acesso à justiça: a experiência dos núcleos de mediação comunitária do Ministério Público no Estado do Ceará. In: GAMA, Fernando (org.). *Mediação nas comunidades e nas instituições*. Niterói: PPGSD, 2014. P. 65-80.

MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. Lei anticorrupção empresarial e *compliance*: programa de *compliance* efetivo e cultura de integridade. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (coords.). *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. Compliance anticorrupção: aspectos gerais. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIMENTEL FILHO, André. Comentários aos artigos 1º ao 4º da lei anticorrupção. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.

WANICK, Paulo. Boas práticas do setor privado na promoção de um mercado mais íntegro e ético. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

EMPRESA, DEMOCRACIA E SOCIEDADE:

o compliance sob a ótica da filosofia de Jürgen Habermas

Luiz Gustavo Campana Martins

Universidade Estadual de Londrina, Mestrando em Direito, Londrina, Brasil, gus.campana@hotmail.com.

Rosely Dias Da Silva

Universidade Federal Fluminense, Doutoranda em Direitos, Instituições e Negócios, Rio de Janeiro, Brasil, prof-rosely@hotmail.com.

Clodomiro José Bannwart Júnior

Universidade Estadual de Londrina, Professor de Direito e Filosofia, Londrina, Brasil, cbannwart@hotmail.com.

RESUMO

A corrupção é um elemento chave para entender a empresa na lógica democrática. Se a corrupção denigre a democracia, à medida que a empresa a pratica, ela contribui para denigrir esse elemento essencial do Estado de Direito. Surge então, nesse contexto, a discussão do compliance como mediador da relação empresarial e democrática. Nas sociedades complexas, além da busca essencial pelo lucro, exige-se das empresas um componente ético-moral, sendo o compliance um elemento importante nessa interlocução entre Estado, sociedade e empresa. Nesse sentido, o intuito deste artigo é posicionar a empresa em uma teoria social objetivando reconhecer o lugar da empresa e o objetivo do compliance, no contexto da sociedade contemporânea. O trabalho explica a empresa dentro do contexto institucional do Estado Democrático de Direito, bem como reflete se base de leitura dessas empresas é liberal ou republicana. Para isso, com a referência principal de Habermas, é utilizada a metodologia bibliográfica e exploratória, visto que se concentra pesquisa a partir de obras já publicadas sobre o assunto, para se chegar a uma percepção conjunta. Ao final conclui-se que uma leitura habermasiana sob a concepção deliberativa, que envolve elementos de ambos os modelos liberal e republicano de sociedade é a mais razoável e que melhor se aproxima do contexto democrático atual.

Palavras-chave: Compliance; Corrupção Empresarial; Democracia Deliberativa; Modelos de Estado; Ética do Discurso.

INTRODUÇÃO

Quando se fala no debate empresarial na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, existem alguns pressupostos necessários, como a confiabilidade, a transparência, a publicidade, entre outros. De certa forma, a democracia tem um espaço aberto de clareza, inclusive para o debate. Não se pode dizer que a empresa tem o direito de se furtar desse contexto.

A corrupção é um elemento chave para entender a empresa na lógica democrática. Se a corrupção denigre a democracia, à medida que a empresa pratica a corrupção, ela contribui para denigrir esse elemento essencial do Estado de Direito. Surge então, nesse contexto, a discussão do compliance como mediador da relação empresarial e democrática.

É fundamental alocar a empresa em uma teoria social objetivando reconhecer o lugar da empresa e o objetivo do compliance, no contexto da sociedade contemporânea. É preciso explicar a empresa dentro do contexto institucional do Estado Democrático de Direito, bem como refletir se a base de leitura dessas empresas é uma base liberal ou republicana.

A relação entre Estado e economia é uma relação que basicamente conduziu esse binômio no século XIX e XX, entre modelo social e liberal. A questão é que a normatividade que vem do compliance não é uma decorrência que se impõe pelo Estado. O Estado, na verdade, transfere esse parâmetro de responsabilidade para a empresa.

Do ponto de vista constitucional, há a necessidade de analisar modelos que mantêm o núcleo da democracia, e justificar a partir daí a necessidade da empresa se enquadrar na perspectiva democrática.

Nesse debate, têm-se como elementos essenciais a empresa, o Estado e a sociedade. A empresa deve ser lida sob uma perspectiva tríplice que envolva uma base privada, uma base pública e a sociedade. Não há como entender a empresa apenas do ponto de vista do mercado, da estrutura privada, ou em uma leitura da empresa tão somente acoplada ao Estado, é necessário colocar um terceiro elemento que é a sociedade. Isso implica pensar a empresa em uma perspectiva de uma teoria social.

Se a empresa só responde ao mercado, ela tem uma lógica pragmática. Se a empresa só responde ao Estado, ela opera numa base estritamente legal. É quando ela opera numa base da sociedade que se abre o campo para os pressupostos éticos e morais, quer dizer, a possibilidade de ler a empresa para além do liberalismo e do republicanismo.

1. COMPLIANCE E CORRUPÇÃO EMPRESARIAL

A corrupção no Brasil vem sendo debatida com muito mais ênfase do que em qualquer época de sua existência no país. Prevenir de corrupção em

tempos atuais se tornou condição importante para a sobrevivência de qualquer organização brasileira.

Ao longo do tempo, o sistema capitalista brasileiro se caracterizou pela acentuada presença do Estado na economia, por meio do controle de grandes companhias e pelo financiamento de grupos de empresas nacionais, capazes de disputar com concorrentes internacionais e responsáveis pela construção de obras de infraestrutura no Brasil. Não obstante proporcionar benefícios, essa inter-relação entre o público e o privado, também conhecida como capitalismo de laços, criou um ambiente ainda mais propício à corrupção (QUIRINO; ANDRADE, 2017, p.1).

De acordo com Quirino (2014, p. 2) a corrupção no Brasil foi popularizada como endêmica se dá em dois estágios distintos, sendo no primeiro estágio “entre os servidores do Estado, que se apropriam de seus bens e rendas ou malversam sobre o destino de suas riquezas”; e no segundo estágio “entre os particulares, fora da estrutura de governo, que tentam sobre o erário, privilegiando os interesses privados sobre os coletivos”, o que frustra a ação política no eu se refere à sua organização e atendimento social, em favorecimento “do enriquecimento particular.

Se há corrupção, pressupõe-se haver um corruptor e um corrupto nesse ato escandaloso que pode envolver o Estado e a Empresa em suas interações de poder.

Gonzales (2010) identifica, de acordo com o objetivo e com quem está envolvido, identifica cinco dos tipos de corrupção:

Corrupção ativa - A corrupção ativa refere-se ao ato de oferecer vantagens a alguém visando o próprio benefício. Imagine, por exemplo, que você está negociando com fornecedores e uma das empresas sendo cotadas oferece benefícios por fora do contrato. O objetivo, aqui, é sair na frente da concorrência por meio de um ato de corrupção ativa. Além da promessa de vantagens indevidas, retardar ou omitir atos de ofício ou fazer algo que infrinja o seu dever também são atitudes caracterizadas como corrupção ativa.

Corrupção passiva - A corrupção passiva diz respeito ao funcionário público — ou ao colaborador, no âmbito empresarial — que aceita receber vantagens para si ou para outros indivíduos em troca de atitudes corruptas.

É importante destacar que apenas fazer uma proposta de suborno ou de outra vantagem indevida caracteriza o crime de corrupção passiva. Não é necessário que a outra parte atenda a solicitação.

Corrupção necessária - Quando um indivíduo recorre a atitudes corruptas com o intuito de agilizar processos e burlar burocracias para obter um serviço autorizado pela lei. É chamada de corrupção necessária porque o fim é legal, ainda que os meios sejam ilícitos.

Corrupção preditiva - Dentro do contexto do setor público, a corrupção preditiva acontece quando um agente político é corrompido antes de ser eleito. Falando de empresas, ela pode ser observada quando, por exemplo, um colaborador envolve-se com um ou mais grupos de inte-

resse que possam estar envolvidos com atos de corrupção. Nesse caso, o funcionário em questão pode ser o corruptor ou o corrompido.
Corrupção lateral - Quando um agente público cria bancadas com o objetivo único de votar em projetos de seu interesse próprio, isso é um ato de corrupção lateral.

A autora também exemplifica algumas formas de corrupção mais comuns no Brasil, sendo: a) Superfaturamento, ou seja, superdimensionamento de preços e quantidades; b) Direcionamento, quando uma concorrência é criada de forma enviesada para que uma determinada empresa participante seja favorecida, quando por meio da exigência de características e/ou especificações técnicas que só uma delas possui, o que passa a impressão de idoneidade, mas na verdade é um ato de corrupção por direcionamento; c) Inserção de dados falsos em sistemas de informação; d) Falsificação de notas fiscais, em que, notas “fantasmas” são incluídas na lista de cobranças para que o dinheiro chegue a determinado destino ilícito.

De acordo com os dados do Índice de Percepção da Corrupção 2018 o Brasil apresentou sua pior nota desde 2012, caindo da 96^a para a 105^a posição no ranking da transparência internacional, o que demonstra ser um dos países mais corruptos do mundo.

Todos perdem com a corrupção, desde as instituições, a política, os agentes públicos, o caráter da sociedade, o sistema de segurança, entre outros.

Na tentativa de ampliar o combate à corrupção, destaca-se na atualidade a Lei 12.846/2013, que trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de forma objetiva no que se refere a atos de lesivos aos cofres públicos. Esta lei além de vir cumprir com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil traz possibilidade de acordos de leniência, bem como punições severas de caráter pecuniário em defesa a ordem econômica, à medida que busca coibir a condutas que vão em vias contrárias à moralidade, à justiça e à ética empresarial.

A Lei n.º12.846 de 2013, em seu artigo 1º dispõe:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilidade objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (BRASIL, 2013).

Observa-se num primeiro plano que o bem tutelado pela Lei em tela é o patrimônio público nacional ou estrangeiro, buscando, em função dos princípios da Administração Pública, a moralidade administrativa. Neste contexto, o caput dispõe que a responsabilidade é administrativa e civil, de pessoas nacionais e estrangeiras. A responsabilização pela lei é objetiva e alcançando a pessoa jurídica e suas relações jurídicas.

Assim visto “não mais será possível, para o sancionamento de pessoa jurídica, que se exija vínculo de ordem subjetiva com a pessoa natural que tenha praticado o ato ilícito favorecendo os interesses de pessoa jurídica” (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 53).

Com relação a atos lesivos à Administração Pública prevista no artigo 5º da Lei anticorrupção, outras Leis já os reprovavam. Comentam Marinela, Paiva e Ramalho (2015, p. 36) que:

É notória a similitude entre a Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/1992) com a Lei nº 12.846/2013. Tanto a Lei Anticorrupção quanto a Lei de Improbidade tem como objeto maior impor sanções que violam o princípio da moralidade administrativa. A proximidade é tamanha que alguns atores têm denominado a Lei n. 12.846/2013 como Lei de Improbidade Empresarial.

Ainda sobre o termo improbidade empresarial Santin (2014) comenta:

Improbidade empresarial. Não se trata da única “Lei Anticorrupção”, pois faz parte de um conjunto de diplomas legais contra corrupção e ilicitudes que vitimizam a Administração Pública. Para combater atos de corrupção, há tipificações penais (corrupção passiva e ativa, arts. 317 e 333, do Código Penal), por improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), administrativas, civis e criminais por ilicitudes em licitações (Lei 8.666/1993), dentre mais. Assim, a melhor denominação para a nova lei seria “Lei de Improbidade Empresarial”, por conter condutas administrativas e civis de preservação da probidade de empresa ou pessoa jurídica de qualquer formato jurídico (art. 1º, parágrafo único) em seu relacionamento com a Administração Pública, semelhante ao sistema para servidor público (Lei 8.429/1992).

O que fica claro é que a o interesse da lei anticorrupção é a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, afastando, neste contexto, a responsabilidade subjetiva que já possui previsões para sancionar a pessoa natural.

Verifica-se em Marinela, Paiva e Ramalho (2015, p.232) os principais aspectos tratados na Lei n. 12.846/2013:

- a) aplicação nacional extraterritorial, visto que também condena o brasileiro que pratica o ato corrupto no exterior;
- b) institui uma nova hipótese de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, não obstante, é relevante destacar se não se trata de responsabilidade pelo risco integral, de sorte que, caso a pessoa jurídica acusada de atos de corrupção logre comprovar o rompimento do nexo de

- causalidade do ato com a sua conduta, não há que se falar na aplicação das sanções previstas no artigo 6º e 19 da Lei;
- c) previsão de celebração de acordo de leniência;
- d) previsão expressa de valorização dos programas de integridade e programas de compliance;
- e) aplicação de multas elevadas;
- f) criação do Cadastro Nacional das Empresas Punidas.

Ainda, da “Lei N. 12.846, art. 7, serão levados em consideração na aplicação das sanções: inciso VIII prevê a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.” (Brasil,2013). De acordo com Petrelluzzi e Rizek Junior (2014, p.76) “esse dispositivo visa favorecer as empresas que adotem programas de compliance”, expressão derivada do verbo inglês *to comply*, cujo significado é cumprir ou satisfazer as regras impostas e, que poderia ser definida como um conjunto de medidas adotadas por determinada empresa para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares, e implementar princípios de ética e integridade no ambiente negocial.

Não se pode confundir o Compliance com o mero cumprimento de regras formais e informais, sendo o seu alcance bem mais amplo, ou seja, “é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legal que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários” (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p. 30).

Depois que a Lei N. 12.846\2013, os programas de compliance no Brasil ganharam significância, e não só abrangem as obrigações jurídicas, como também as normas e valores que constituem cada organização.

A função do Compliance é justamente prevenir atos de corrupção e fraudes em processos licitatórios e/ou quaisquer contratos com a administração pública. Não basta a simples existência de normas internas e códigos de conduta, mas é necessário também que cada pessoa da organização empresarial tome decisões comerciais éticas e garanta que suas ações sejam de acordo com a lei e políticas desenvolvidas para evitar a incidência da Lei Anticorrupção (EPD ONLINE, 2018).

Com isso, é fundamental alocar a empresa a uma teoria social objetivando reconhecer o lugar da empresa e o objetivo do compliance, no âmbito da sociedade contemporânea. Neste sentido é basilar explicar o compliance dentro do contexto institucional do Estado Democrático de Direito, bem como refletir a base de leitura desse instituto em uma base liberal ou republicana. O que será apresentado no próximo capítulo.

2. UMA LEITURA DA ESTRUTURA LIBERAL E REPUBLICANA DE SOCIEDADE

Habermas dedica o capítulo nove, *Três modelos normativos de democracia*, da obra *A inclusão do outro*, para fazer uma reflexão que remonta aos modelos liberal e republicano, para então apresentar a política deliberativa enquanto terceira via de possibilidade democrática. De início, destaca uma diferença fundamental entre os dois primeiros modelos que, adiante, conduzirá a distinção nessa seção: na concepção liberal, a política é tida como mediadora da relação entre os interesses sociais privados e as finalidades coletivas. O Estado deve ser programado no interesse da sociedade, sendo o poder administrativo o ente dessa representação. De outro lado, a concepção republicana entende a política enquanto um elemento constitutivo da socialização, como “forma reflexiva de um contexto de vida ético”(HABERMAS, 2018, p. 398). Os membros de uma comunidade reconhecem sua dependência mútua, entendem-se enquanto cidadãos, e prezam pelas configurações das relações a sujeitos livres e iguais. A solidariedade, portanto, é tida como uma nova fonte de integração social (HABERMAS, 2018, p. 398).

A partir dessa reflexão inicial, reconstrói-se aqui a diferenciação entre os modelos liberal e republicano apontada por Habermas, dividida em três tópicos, para depois apresentar a teoria do discurso:

- a) Quanto ao conceito de cidadão. Para os liberais, a cidadania é lida pelo viés dos direitos negativos, que garantem um espaço de escolha livre de coações externas. Os direitos subjetivos são essenciais na formação do cidadão, que pode exigí-los diante do Estado e de seus pares na sociedade. O cidadão, sob a ótica dos direitos subjetivos, tem sua proteção do Estado e pode exercer suas atividades privadas livremente, reivindicar seu padrão de liberdades negativas, sempre nos limites da lei (HABERMAS, 2018, p. 399). Já os republicanos enxergam o cidadão do ponto de vista dos direitos positivos, que são essencialmente direitos de participação e comunicação política. Há uma preocupação com o engajamento do sujeito, que deve estar atento aos contornos político-sociais de sua comunidade. O poder do Estado democrático decorre, nessa ideia, do poder produzido pela autodeterminação dos cidadãos, que deve ser assegurada para a própria legitimação desse poder, através da institucionalização da liberdade pública (HABERMAS, 2018, p. 400-402). Note-se, no primeiro caso o Estado se justifica pela proteção aos direitos subjetivos, e, no segundo caso, existe para assegurar a formação livre de opinião e da vontade por um processo inclusivo, onde os cidadãos se entendem sobre o interesse comum a todos.
- b) Quanto ao conceito de direito. Essa distinção se concentra no fato que de a concepção liberal é construída a partir dos direitos subjetivos, enquanto que a concepção republicana se baseia nos direitos ob-

jetivos. No primeiro caso, o sentido da ordem jurídica é de apontar quais direitos serão atribuídos a quais indivíduos. Do outro lado, a ordem jurídica fundada nos direitos objetivos permite a integridade da convivência em igualdade de direitos. Para Habermas (2018, p. 402) “é a concepção republicana que vai ao encontro de um conceito de direito que atribui peso igual à integridade do indivíduo e suas liberdades subjetivas e à integridade da comunidade”. Esse entendimento vincula a legitimidade das leis e de seu processo democrático de criação, mantendo a conexão entre a autodeterminação do povo e uma legislação impessoal (HABERMAS, 2018, p. 402).

- c) Quanto à natureza do processo político, cujo dissenso decorre das diferentes conceituações sobre o papel do cidadão e do direito. A política, para os liberais, é uma luta constante por posições de poder que autorizem dispor do poder administrativo. Os atores coletivos agem estrategicamente para concorrer e manter essas posições. Continua dizendo Habermas (2018, p. 405) que “O processo de formação política da opinião e da vontade na esfera pública e no parlamento é determinado pela concorrência de atores coletivos que agem de modo estratégico para manter ou obter posições de poder”. As decisões, votos e preferências dos eleitores, funcionam da mesma maneira que seus atos de escolha orientados para âmbito do mercado, no padrão de ação estratégica. Em contraposição, o paradigma que orienta a natureza do processo político para os republicanos é o do diálogo. Para a formação política da opinião e da vontade, obedece-se às estruturas próprias da comunicação orientada ao entendimento. O poder comunicativo e o administrativo constituem estruturas diferenciadas, sendo que o primeiro resulta das opiniões majoritárias formadas no âmbito discursivo, e o segundo enquanto disposição do aparato estatal. Nessa concepção, os partidos e atores que buscam as posições de poder precisam respeitar as regras do discurso e o sentido próprio da política. O acesso a essas posições, dessa forma, é legitimado pela discussão e conflito da arena política, sendo que o poder administrativo só pode ser designado com uma dupla limitação: a própria política e as leis, que emergem do processo democrático (HABERMAS, 2018, p. 405-406).

3. A FORMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA OPINIÃO E DA VONTADE

Colocadas as principais distinções, Habermas lança especialmente um olhar atento sobre aspectos do modelo republicano. Ele destaca, como vantagem, que o sentido democrático radical está presente nesse modelo, onde os cidadãos se unem de forma comunicativa e não meramente por um acordo de interesses privados opostos. Porém, Habermas também atribui a desvantagem de um “estritamento ético do discurso político” (HABERMAS, 2018, p. 407) que não leva a um equilíbrio discursivo capaz de produzir consensos. A

autocompreensão ética, que leva os indivíduos a entenderem a si mesmos dentro de uma comunidade, de um Estado e da tradição que compactuam, não pode ser a única fonte para o direito positivado dessa sociedade. Para além disso, exige-se uma justificação racional que tenha como *telos* a justiça. Os princípios morais não estão circunscritos a uma coletividade, mas eles reivindicam uma validade universal.

Dessas considerações, Habermas considera a complementação de ambos os modelos liberal e republicano para a formação racional da política deliberativa, enquanto uma terceira via alternativa. O fato de possuir a deliberação em toda a sua amplitude permite a esse novo modelo supor a produção de resultados racionais. “Quando transformamos o conceito procedimental de política deliberativa no núcleo [...] resultam diferenças tanto em relação à concepção republicana do Estado como uma comunidade ética, quanto em relação à concepção liberal do Estado como guardião de uma sociedade econômica” (HABERMAS, 2018, p. 409).

O ponto a ser analisado, sob as três perspectivas, é a formação democrática da opinião e da vontade, que formam as decisões parlamentares. Segundo a concepção liberal, esse processo se dá pela formação de compromissos de interesse, fundamentados nos princípios liberais da Constituição. Já na concepção republicana, as ideias formadas para as escolhas gerais se dão na forma de uma autocompreensão ética, sendo que a deliberação pode se apoiar nas formas já estabelecidas de cultura, determinadas e renovadas pelos cidadãos. A teoria do discurso, por outro lado, busca integrar elementos de ambos modelos ao buscar o conceito de um procedimento ideal de deliberação. “Esse procedimento democrático estabelece uma relação interna entre negociações, discursos de autocompreensão e discursos de justiça e fundamenta a suposição de que sob tais condições são alcançados resultados racionais e equitativos” (HABERMAS, 2018, p. 410).

Há um deslocamento da razão prática que sai dos direitos humanos, do lado liberal, e da eticidade concreta de uma comunidade, enquanto soberania popular, e aloca-se nas regras discursivas e formas de argumentação, estas fundamentadas na própria ação voltada ao entendimento e na estrutura de comunicação (HABERMAS, 2018, p. 410).

Essa descrição do processo democrático permite, então, uma conceitualização normativa de Estado e sociedade. Para os republicanos (HABERMAS, 2018, p. 410), com a ideia da sociedade enquanto uma totalidade concebida politicamente, o Estado se confunde na própria noção de sociedade na medida em que a prática de autodeterminação política pelos cidadãos confere à comunidade uma consciência de totalidade de si mesma e promove uma atuação sobre si, orientada pela vontade coletiva.

No entanto, a concepção liberal entende que a separação clara entre Estado e sociedade é fundamental, não devendo ser abolida. Do ponto de vista normativo, deposita-se no Estado de direito a confiança para o equilíbrio regulado entre poder e interesses. Não se leva em consideração, no modelo

liberal, que todos os cidadãos são capazes de agir de modo total e coletivo, leva-se, pois, a ideia de que a política está centrada no Estado. A formação democrática da vontade, de cidadãos autointeressados, não é um elemento preponderante para a orientação da política, mas sim o balanço geral das atividades bem-sucedidas do Estado. “O cerne do modelo liberal não é a autodeterminação democrática de cidadãos que deliberam, mas sim a normatização, conforme ao Estado de direito, de uma sociedade econômica que [...] deve assegurar um bem comum entendido de maneira apolítica” (HABERMAS, 2018, p. 411-412).

4. O COMPLIANCE À LUZ DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Na terceira via, da democracia deliberativa, a formação da opinião e da vontade segue o rigor procedimental da teoria discursiva, que permite a formação de uma opinião mais ou menos racional para decidir questões fundamentais da sociedade ou matérias que precisam de regulamentação. A formação da vontade é gerada na arena política, orientada intersubjetivamente, e se realiza nas deliberações parlamentares institucionalizadas e na interlocução das esferas pública e política. Nesse aspecto, a política deliberativa não depende de um corpo conjunto de cidadãos que agem coletivamente, tampouco se limita a um sistema constitucional de normas e garantias fundamentais negativas, que referem “o império anônimo das leis a sujeitos individuais que competem entre si” (HABERMAS, 2018, p. 412). Pelo contrário, ela busca a institucionalização dos procedimentos.

Essa terceira via reúne características dos modelos anteriores: de um lado, a fronteira entre Estado e sociedade civil é mantida, e há uma forte carga de normatização através dos direitos fundamentais, da Constituição e dos princípios do Estado de direito, que formam a institucionalização dos pressupostos exigidos pelo procedimento democrático. Por outro lado, o processo de formação da opinião e da vontade, o engajamento e os embates políticos são essenciais (HABERMAS, 2018, p. 412-413).

Segundo Paulo Roberto Azevedo:

Habermas procura desenvolver, a partir da teoria da ação comunicativa, uma proposta de síntese à polarização teórica estabelecida historicamente entre o modelo liberal de democracia, centrado na garantia estatal de proteção constitucional aos direitos humanos, e o modelo republicano, fundamentado na ideia de soberania do povo (AZEVEDO, 2007, p. 143).

Embora haja similaridades com ambos os modelos anteriores, o modelo deliberativo também possui divergências fundamentais destes. Em relação à legitimação e à soberania popular, a concepção liberal deposita nas eleições o passe livre para a atuação, comando e administração do Estado. A formação política da vontade legitima o exercício do poder político. Os grupos concorrentes nas eleições disputam para chegar ao ápice do poder, sendo que

o vencedor deve, depois, justificar seus atos perante o parlamento e a esfera pública. Na concepção republicana, de outro modo, a formação da opinião busca constituir a sociedade enquanto coletividade política e rememorar, a cada eleição, seu ato de fundação. O governo é entendido como parte de uma comunidade política que se autoadministra, e está comprometido com determinadas políticas públicas que fundamentam a cultura coletiva (HABERMAS, 2018, p. 414).

Para a política deliberativa, entretanto, o governo e a administração estão submetidos aos pressupostos comunicativos de formação da opinião e da vontade, a fim de se legitimarem com a racionalização discursiva de suas decisões. Nesse âmbito, é fundamental analisar do ponto de vista constitucional arquétipos que mantêm esse núcleo da democracia e justificar, a partir de então, a necessidade da empresa se enquadrar na perspectiva democrática. Se a empresa só responde ao mercado, ela tem uma lógica extremamente pragmática, deixando de lado a preocupação com a coletividade. De outro lado, se só responde ao Estado, ela opera numa base estritamente legal. Sobre a decisão ético-moral, Aylton Durão (2009, p. 134) diz que “Os discursos éticos e morais, por outro lado, não pressupõem posições dadas de antemão, mas um intercâmbio entre os cidadãos que constituem a opinião pública e seus delegados nos corpos legislativos, pois os interesses e preferências de valores podem modificar-se discursivamente através do fluxo de informações e razões”.

Clodomiro Bannwart (2018, p. 2) coloca que “Se a empresa é parte inerente da sociedade, não dá para limitar a tematização da ordem social ao binômio Estado-sociedade, como foi a marca da tradição contratualista moderna que, em boa medida, deixou de lado a reflexão sobre a empresa”.

Hoje, não dá para pensar a empresa apenas pelas perspectivas liberal e republicana. Não dá para colocar a empresa olhando só para o mercado, numa estrutura privada, ou uma leitura da empresa tão somente acoplada ao Estado. É necessário colocar um terceiro elemento que é a sociedade. Isso implica pensar a empresa em uma perspectiva de uma teoria social. É quando ela opera numa base da sociedade que se abre o campo para os pressupostos éticos e morais, quer dizer, essa possibilidade de ler a empresa para além do liberalismo e do republicanismo.

Nesse viés, Paulo Roberto Azevedo assevera que:

A força moral (que servia como garantia interna de coesão social) dá lugar ao código jurídico que procura manter, por meio de garantias externas, a manutenção das condições de possibilidade necessárias para que proliferem formas dialógicas operantes em condições equânimes de comunicabilidade. São necessários, então, mecanismos externos (uma vez que mecanismos morais internos perderam sua capacidade de interferência) que garantam essas condições de argumentação (AZEVEDO, 2007, p. 139).

A questão, quando se parte para o elemento do compliance, é que a normatividade que vem deste instituto não é uma decorrência que se impõe

pelo Estado, porque o Estado na verdade transfere esse parâmetro de responsabilidade para a empresa, numa espécie de privatização da responsabilidade. O mercado também parece não conseguir, pela sua própria lógica, assegurar o elemento da confiabilidade, isso porque se o fato de cumprir as regras do protocolo fosse suficiente numa base liberal, não haveria corrupção.

Uma vez mais a relação indivíduo-sociedade reaparece com a força que lhe é peculiar na configuração secular e descentrada das sociedades pós-convencionais. E para evitar que haja polaridade teórica seja valorizando o indivíduo (Liberais) seja concedendo primazia à sociedade (Republicanos), Habermas outorga prioridade à ação comunicativa como engendradora do desenvolvimento de novos níveis de integração social, permitindo, assim, que novas estruturas normativas sejam passíveis de serem reconstruídas formalmente sem vínculos à condicionamentos empíricos e, ademais, em condições de assegurarem a separação entre ação orientada ao entendimento e ação orientada ao êxito (BANNWART JÚNIOR, 2018, p. 9-10).

Não se fala mais em uma dimensão normativa estatal, ou seja, decorrente de lei, de função social, e também não se opera mais em uma base pragmática do mercado. Reivindica-se algo que não vem nem de um nem outro, mas vem de uma reconexão com a sociedade, uma base ética e moral.

O elemento fundamental é entender que esse pressuposto não é em razão do medo do Estado ou das implicações do mercado, é sim uma relação de coerção imposta pela própria sociedade, porque acrescenta-se um elemento novo: a sociedade de consumidores, ou seja, o papel que o consumidor exerce nessa cidadania consumista.

CONCLUSÃO

Em linhas gerais, este artigo pretendeu demonstrar que o sistema positivo não consegue operar fora das estruturas democráticas. Historicamente, no modelo do século XIX de produção, a democracia não era um elemento importante. Todavia, na medida em que hoje há uma interconexão, maleada pelas redes sociais e por todas as estruturas de informações, o produto ou serviço da sociedade não consegue sobreviver se ele não estiver aberto ao diálogo com a sociedade.

Tanto o liberalismo como o Estado social são incapazes de exigir, ou de assegurar, uma base normativa que inviabilize a corrupção. O compliance é um instrumento normativo que está fora desses dois modelos. Isto é, de um lado, pela perspectiva liberal, há uma deficiência ética dentro do próprio mercado, que lhe é peculiar. De outro, o Estado também, com toda sua estrutura normativa, não dá conta de evitar a corrupção, porque ele próprio é parte da corrupção na sua estrutura burocrática. Então os dois afastam isso para a empresa. Há uma privatização dessa responsabilidade.

Tem-se que o compliance surge numa base privada, ou seja, a empresa que deve se responsabilizar pelo seu implemento. O elemento novo que se gera, com isso, é adequar-se às normas sob uma coercibilidade externa, mas não legal. A coercibilidade é ética, sendo que a empresa, na tentativa de evitar as consequências negativas decorrentes da corrupção, inclusive com relação a sua imagem, cumpre a boa implementação de um programa de compliance.

Nesse sentido, coloca-se para dentro da empresa um componente ético, isso porque essa obrigação normativa não é uma coação do Estado, nem é uma coação do mercado, ela é um cálculo que a empresa faz de avaliação de riscos para trabalhar numa perspectiva preventiva de evitar o dano. O compliance funciona, portanto, dentro do quadro do Estado Democrático de Direito, sob a perspectiva da democracia deliberativa.

REFEFÊNCIAS

AZEVEDO, Paulo Roberto. A democracia comunicativa: uma exposição da ideia de democracia em Jürgen Habermas. *Tempo da Ciência*, v. 14, n. 27, p. 135-156, 2007.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Ética Empresarial e Compliance à luz do Estado Democrático de Direito. *II Congreso Euroamericano de Derecho y Política*, Universidad de Vigo, Galicia, Espanha, 2018.

Blog/Laboratório de Soluções. *Corrupção: todas as informações que você precisa!* Disponível em: <<http://www.s2consultoria.com.br/corrupção>> Acesso em: 08 set. 2019, 10:45:00.

BRASIL. LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013 -Lei Anticorrupção. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, D.F. 2 ago, 2013, P.1 Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-norma-pl.html>Acesso em: 11 ago. 2019, 9:00:00.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito. *Trans/Form/Ação: Revista de Filosofia*, v. 32, n. 1, 2009.

EPD online. *A importância do Compliance para os negócios e para as empresas*. Disponível em: <<https://www.epdonline.com.br/noticias/a-importancia-do-compliance-para-os-negocios-e-para-as-empresas/1925>>. Acesso em: 18 fev. 2019, 19:05:00.

GONZÁLEZ, Mariana. *Quais são os tipos de corrupção no Brasil?* 2019. Disponível em: <<https://blog.idwall.co/corruptao-tipos-no>>

brasil/?utm_source=google&utm_medium=blog&utm_campaign=rastreamento_posts_blog&utm_term=compliance&utm_content=https%3A%2F%2Fblog.idwall.co%2Fglossario-compliance-terminos-conhecer%2F> Acesso em: 30 ago. 2019, 19:40:00.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany. *Lei anticorrupção – Lei 12.846 de 1º de março de 2013*. São Paulo: Saraiva 2015.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e Análise da Legislação Correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

QUIRINO, Israel; ANDRADE, Berenice de Souza. *Compliance: uma nova prática no combate à corrupção nas empresas*. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58928/compliance-uma-nova-pratica-no-combate-a-corrupcao-nas-empresas>> Acesso em: 22 ago. 2019, 15:30:00.

SANTIN, Valter Foletto. Panorama da Lei 12.846/2013 em improbidade empresarial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-04/valter-santin-lei-pune-improbidade-empresarial-varios-aspectos>> Acesso em: 24 set. 2019, 20:45:00.

Transparência Internacional Brasil.2018. *Índice de Percepção da Corrupção 2018*. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/?gclid=EA1aIQobChMIkZnsr9jp5AIVixCRCh0TRg6gEAAAYASAAEgI-EvD_BwE#brasil> Acesso em: 10 set. 2019, 18:50:00.

ÉTICA NAS ATIVIDADES BENEFICENTES

Lincoln Antônio de Castro

Universidade Federal Fluminense, Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios, Niterói, RJ, Brasil.

drlinacastro@gmail.com

Leila Angélica de Oliveira Castro

Universidade Federal Fluminense, Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios, Niterói, RJ, Brasil.

drlinacastro@gmail.com

RESUMO

Propõe-se demonstrar que a beneficência expressa duas virtudes éticas, justiça e generosidade, à luz das normas jurídicas sobre mínimo existencial inerente à dignidade da pessoa humana. Em razão da sua função essencial à justiça, o Estado tem primazia de praticar atividades beneficentes, mediante prestação de serviços públicos. Motivada pela generosidade, a missão da iniciativa privada concretiza-se na prestação de serviços de utilidade pública. Justifica-se a presente pesquisa, em razão da carência atual de reflexão política e jurídica quanto ao tema, além da distorção do senso comum. Analisa-se a legislação com abordagem multidisciplinar da doutrina sobre o tema. A conclusão resulta do desenvolvimento concatenado dos seguintes aspectos: beneficência, beneficência privada, virtudes éticas, provedoria de atividade beneficente e responsabilidade ética. Em síntese, obtém-se a conclusão: ética é projeto de bem viver, incluindo o outro; caridade, filantropia ou solidariedade há de favorecer o destinatário da atividade beneficente; não se usa poder em benefício próprio; generosidade beneficia o destinatário; justiça concretiza-se na efetivação de direito social; responsabilidade configura-se no uso do poder com autoridade para garantir a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Beneficência; Ética; Autoridade; Poder; Responsabilidade Niterói, RJ, Brasil.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa demonstrar, à luz da legislação interpretada sob visão multidisciplinar da doutrina, que as atividades beneficentes expressam virtudes éticas a serem consideradas na interação da política com o direito. A justiça e a generosidade são as duas virtudes éticas principais, que fundamentam as normas jurídicas de regência das atividades beneficentes inerentes à dignidade da pessoa humana.

O Estado democrático de direito deve promover, ativamente, o bem-estar social, mediante prestação de serviços públicos favorecendo acesso a bens essenciais para satisfação das necessidades básicas. É do Estado essa primazia de concretização dos direitos sociais mediante prestação de serviços públicos.

A iniciativa privada realiza atividades beneficentes, mediante prestação de serviços de utilidade pública, sujeitando-se a regulamentação e controle, bem como a intervenção no caso de ineficiência ou ilegalidade.

Adotam-se os métodos indutivo e dedutivo na análise das regras jurídicas interpretadas com a visão multidisciplinar da doutrina sobre o tema pesquisado; desenvolve-se assim raciocínio lógico para demonstrar a presença da justiça e da generosidade nas atividades beneficentes.

Justificando, é relevante melhor compreensão, à luz da política e do direito, da necessidade de preservar, às entidades privadas beneficentes, tratamento jurídico diferenciado quanto à obtenção de benefícios financeiros e tributários. Ao se provocar uma reflexão sobre o tema, sob prisma da imbricação da ética com a política e o direito, vislumbra-se a contribuição que se pretende divulgar para preservação das exatas atividades privadas na área da beneficência, combatendo visões distorcidas atualmente fomentadas pelo senso comum.

No desenvolvimento do estudo, são abordados aspectos teóricos dos temas dos capítulos: ordem social, beneficência privada, virtudes éticas e responsabilidade ética. Projeta-se, nas proposições finais, confirmar o seguinte: ética é projeto de bem viver, incluindo o outro; caridade, filantropia ou solidariedade há de favorecer o destinatário da atividade beneficente; não se usa poder em benefício próprio; generosidade beneficia o destinatário de ato de caridade ou de filantropia; justiça concretiza-se na efetivação de direito social; responsabilidade configura-se no uso do poder com autoridade para garantir a dignidade da pessoa humana.

1. ORDEM SOCIAL

No Estado democrático de direito há limitação do poder e supremacia da lei, preservando valores fundamentais, a par da soberania popular e governo da maioria. O Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174 CRFB). De igual modo, a iniciativa privada, ao exercer atividades beneficentes, submete-se a normas de ordem pública aplicáveis às suas relações horizontais e a normas de direito público em relação à autorização estatal e quanto a sua atuação em si.

As empresas privadas têm primazia na exploração de atividade da ordem econômica, que tem como fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa; a par de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art.170 CRFB). Admite-se a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173 CRFB); sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Cabe ao Poder Público, diretamente ou mediante regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos. Indiretamente, portanto, faculta-se ao Poder Público adotar o regime de concessão ou permissão para prestação de serviços públicos por parte do setor privado (art. 175 CRFB).

Por sua vez, a Ordem Social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 CRFB). A seguridade social abrange ações de iniciativa do Estado e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 CRFB). Educação é direito de todos e dever do Estado e da família, a ser 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 (art. 205 CRFB). O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: cumprimento das normas gerais da educação nacional; autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (art. 209 CRFB). Cabe ao Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais para promover o desenvolvimento humano, social e econômico (art. 215 CRFB). O Estado fomentará práticas desportivas formais e não formais, bem como incentivará o lazer, como forma de promoção social (art. 217 CRFB). O Estado promoverá o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (art. 218 CRFB). Cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para a presente e futuras gerações (art. 225 CRFB). O Estado, a família, a comunidade e a sociedade devem assegurar especial proteção da criança e do adolescente, além da pessoa idosa (arts. 226 e 229 CRFB).

Depreende-se que compete ao Poder Público promover a efetiva implantação dos direitos sociais; à iniciativa privada reserva-se, prioritariamente, explorar atividades econômicas. Entretanto, o Estado também pode explorar atividade econômica em caráter complementar. Em contrapartida, prevê-se a atuação da iniciativa privada no campo dos direitos sociais, colaborando decisivamente na efetivação da Ordem Social. Constata-se, porém, que a iniciativa privada, ao atuar no campo da Ordem Social, presta serviços de relevância para a comunidade e sociedade, sem qualquer conotação lucrativa ou especulativa.

Destaca-se, nas normas constitucionais, a referência a entidades beneficentes sem preocupação de se adotar alguma padronização, tais

como: pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos; instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos; instituições assistenciais; entidades beneficentes de assistência social; entidades filantrópicas; entidades sem fins lucrativos; entidades beneficentes; entidades de assistência social; escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, com finalidade não – lucrativa, entidade de interesse geral. Entidades beneficentes terão benefícios financeiros e tributários se: comprovar finalidade não-lucrativa, aplicar seus excedentes financeiros em sua finalidade; destinar seu patrimônio a outra entidade beneficente, ou ao Poder Público, no caso de extinção; não favorecer, direta ou indiretamente, instituidor ou administrador, mediante participação no resultado financeiro.

2 BENEFICÊNCIA PRIVADA

Altruísmo significa amor ao próximo, filantropia, amor à humanidade. Beneficência significa bem-fazer, traduzindo ideia de bem a ato de ajuda a outrem. Entidade beneficente é aquela que se propõe, conforme indicado em seu objeto, a atividades com conotação de: assistência e caridade; ajuda espontânea oferecida por sentimento de solidariedade particular. A partir do esvaziamento de suas dimensões espirituais, a beneficência passa a exigir intervenção ou controle do Poder Público. Beneficiário é o destinatário de serviço de utilidade pública prestado por uma entidade privada beneficente, concretizando acesso a bem inerente a Ordem Social, tais como: seguridade social, saúde, educação, lazer, cultura, assistência social, desenvolvimento científico.

As atividades beneficentes satisfazem necessidades básicas dos cidadãos em geral e, especialmente, das pessoas carentes. As atividades do Poder Público são prestadas mediante serviços públicos; as atividades das entidades beneficentes são prestadas mediante serviços de utilidade pública. A expressão utilidade pública refere-se a título ostentado por entidade beneficente constituída no País com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade, vedando-se remunerar os cargos de sua administração. A “utilidade pública” é um termo aplicado a entidades beneficentes de forma a obter benefícios financeiros e tributários. É um status conferido a entidade do terceiro setor. Considera-se utilidade pública, o conjunto de requisitos para reconhecimento formal, em uma entidade privada beneficente, de atributos que a qualificam como de interesse social.

A entidade beneficente privada pode, juridicamente, se tipificar como uma associação civil, fundação privada, organização religiosa, atendidos os requisitos legais, principalmente aos objetivos ou atividades -fins. As entidades terão de desenvolver atividade inerente à implantação da ordem social, tais como: promoção da assistência social, bem como da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação;

promoção gratuita da saúde e da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado, bem como do desenvolvimento econômico e social, e ainda do combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos sociais produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção de divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos inerentes às atividades mencionadas acima (Lei 9790, de 1999).

Admitindo-se a fundação privada como paradigma para as entidades beneficentes em geral, cabe indicar os respectivos objetivos: assistência social; cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; segurança alimentar e nutricional; educação; saúde; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; atividades religiosas (CC, art. 62, parágrafo único)

Outros requisitos legais são os seguintes: a)- entidade deve observar princípios inerentes à administração pública, ou seja, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência (art. 37 CRFB); b)- na administração da entidade, veda-se obtenção de benefícios ou vantagens pessoais, de forma que o administrador e terceiros deverão visar a consecução dos objetivos institucionais, não podendo usar bens da entidade ou dela valerem-se para obtenção de vantagens pessoais; c)- entidade sujeita-se a sistema de controle interno e externo no tocante à consecução dos objetivos e à exata aplicação do patrimônio; d)- no caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra entidade beneficente (Lei 9790, de 1999).

No corpo da lei de regência das sociedades anônimas (Lei 6.404/76), são enunciados outros princípios aplicáveis às entidades beneficentes com as devidas adaptações. Considera-se exercício abusivo de poder: orientar a entidade para fim estranho aos objetivos ou fim lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer pessoa jurídica, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da economia nacional; eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal; contratar com a entidade, direta ou indiretamente, em condições de favorecimento não equitativas; aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal; deixar de apurar

denúncia que saiba ou que justifique fundada suspeita de irregularidade. O administrador deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da entidade, satisfeitas as exigências do bem público e da função social. O administrador deve servir com lealdade à entidade e manter reserva sobre os seus negócios jurídicos, sendo-lhe vedado: usar, em benefício próprio ou de outrem, as oportunidades e benefícios de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da entidade. O administrador somente pode contratar com a entidade em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado.

3. VIRTUDES ÉTICAS: JUSTIÇA E GENEROSIDADE

Deve-se tratar “a humanidade, em outrem e em si próprio, como um fim e nunca como meio”; pois “existe uma dignidade inerente a cada ser humano e que ela deve ser estritamente respeitada”. Moral (como devo agir?) e ética (que vida eu quero viver?) referem-se à regência de relações privadas e públicas. Vida ética significa projeto de felicidade no qual o outro tem lugar, promovendo-se duas virtudes éticas: justiça ou generosidade. Ser justo é dar a outrem o que é seu por direito; generosidade consiste em dar a outrem o que lhe falta (LA TAILLE, 2006, p. 61/62).

Alceu Amoroso Lima indica tríplice distinção da virtude da justiça: distributiva, comutativa e social.

A justiça comutativa é a mais elementar das formas de justiça. Ao dar, temos o direito de receber algo de equivalente. Na justiça distributiva, temos o dever de contribuir para a coletividade, sem qualquer exigência de retribuição respectiva. Na justiça social, é a coletividade que tem o dever de contribuir para que cada pessoa humana receba na base das suas necessidades essenciais. Em todos esses três aspectos da justiça, que ligam a parte ao todo, o particular ao geral, o homem à sociedade, é o dever a força em que nos devemos apoiar no exercício dessa reciprocidade entre dar e receber. Ao passo que, na caridade, isto é, no amor, não é o dever de alteridade que nos anima e sim o prazer espiritual da plenitude pessoal de dar mesmo sem receber. (LIMA, 1984, p.164)

A virtude cardeal é a justiça inspirada pelo princípio da igualdade: todos os seres humanos têm o mesmo valor intrínseco e assim não devem usufruir de privilégios. Justiça inspira-se também no princípio da equidade que implica tornar iguais os diferentes. Sem justiça é impensável a vida em sociedade. Assim, a justiça é tema político e ético, dizendo respeito à efe-

ra pública e à esfera privada, favorecendo o equilíbrio nas relações interpessoais (LA TAILLE, 2006, p.62).

A generosidade, vista como caridade, filantropia ou solidariedade, é virtude ética, pois, em razão de se buscar favorecer o destinatário e não o provedor, opta-se por conviver com felicidade, não apenas sobreviver, projeto de vida no qual o outro tem lugar. A generosidade consiste em dar a outrem o que lhe falta, independentemente de existir ou não um direito subjetivo do carente.

Acrescento outra virtude, a da generosidade. Ela consiste em dar a outrem o que lhe falta, sendo que essa falta não corresponde a um direito. Nesse ponto, ela se diferencia da justiça, e penso, a complementa. (.....). A generosidade é a virtude altruística por excelência. Nesse ponto, ela novamente se distingue da justiça. A lei justa é boa para todos, inclusive para a pessoa que exerce a justiça. O ato de generosidade favorece quem é por ele contemplado, não quem age de forma generosa. É por ser a generosidade a inteira dedicação a outrem que digo que ela traz plenamente o altruísmo. (LA TAILLE, 2006, p. 62)

Juridicamente, há distinção entre direito subjetivo, faculdade e poder jurídico. Poder jurídico é exercido em favor do sujeito passivo ou em favor da sociedade. O poder diferencia-se do direito subjetivo neste aspecto. Na relação jurídica, em que a situação jurídica de dever tem como contrapartida direito subjetivo, constata-se que o exercício do direito beneficia o sujeito ativo, em caráter exclusivo ou predominantemente (WALD, 2015, p. 165).

O Estado exerce o referido poder para favorecer acesso aos bens inerentes à dignidade da pessoa humana, mediante prestação de serviços públicos com atividades beneficentes em favor de cada um e de todos os membros da sociedade. A provocação do Estado, a título de direito subjetivo, somente se justificaria no caso de abuso do poder configurado por omissão governamental injustificada. Injustificável seria a omissão estatal de não cumprimento das políticas públicas definidas nas diretrizes e leis orçamentárias. No caso, o Estado, sem justa causa, não implementa benefícios, tais como: seguridade social, assistência social, educação, saúde, lazer, cultura, previdência social. A rigor, mediante autorização o Estado confere poder às entidades privadas beneficentes para realizar atividades inerentes à Ordem Social. Injustificável dar tratamento jurídico-constitucional às entidades beneficentes prestadoras de serviços de utilidade pública, diferente daquele usufruído pelo próprio Estado.

4 RESPONSABILIDADE ÉTICA

A compreensão da ética nas atividades beneficentes envolve a questão da responsabilidade. Não se cogita de tratar aqui das três responsabilidades: civil, administrativa e penal. Estas pressupõem a ocorrência do ato

ilícito sob a ótica da justa causa, ou seja, do mundo jurídico no qual ocorre incidência, interpretação e aplicação da norma jurídica sobre o fato jurígeno. Não é o caso.

A responsabilidade ética comporta exame do motivo determinante de como se deve agir em função da vida que se quer ter. A responsabilidade opera-se preventivamente na convivência concreta conforme os ditames éticos. Depreende-se que a justiça, especificamente, é virtude ética presente na seara jurídica dos denominados direitos sociais. Por sua vez, a generosidade ilumina e se insere na esfera dos motivos religioso, social e ético, nos campos da caridade, filantropia e solidariedade, transcendendo o plano meramente jurídico. Assim focaliza-se o exercício do poder com autoridade e responsabilidade, particularmente pelas entidades privadas beneficentes.

Os filantropos inauguraram o sistema de ação social, sanitária e moral. Abandonou-se a prática da caridade antiga, por se entender que, praticada sem racionalidade e sem critério moral, tinha eficácia apenas de fomentar a mendicância, a preguiça, a imprevidência e a falsidade. (LIPOVETSKY, 2005, p. 23).

Conforme Nathalie BEGHIN (2005, p.11), a filantropia empresarial busca: obter isenção de impostos e subsídios estatais; melhorar a imagem da empresa; manter a harmonia social; e promover a aceitação pela comunidade da presença da empresa e de seus prejuízos sociais ou ambientais. A 'solidariedade empresarial' encobre a lógica perversa do mercado, expressando nada mais do que mera estratégia empresarial (marketing social).

Além disso, a doutrina tem formulado uma crítica contundente quanto à responsabilidade ética assumida como filantropia empresarial:

Para realizar esse projeto, sem pôr em risco o processo de acumulação, as empresas privadas irão operar no sentido de tornar a ação estatal falsamente 'desnecessária' (Oliveira, 1999:68). Elas irão, pois, trabalhar com o intuito de retirar da arena política e pública os conflitos distributivos e a demanda coletiva por cidadania e igualdade. A ideologia que permeia esse tipo de intervenção objetiva liberar o mercado daquilo que é percebido como amarras que dificultam seu livre funcionamento – isto é, os direitos sociais. É por essas razões que o ativismo social empresarial se insere no movimento que busca esvaziar o Estado Social ou, melhor dizendo, reformá-lo para adequá-lo a uma melhor eficiência produtiva. (BEGHIN, 2005, p.31)

No âmbito dessa privatização e esvaziamento do espaço público, a iniciativa privada e o ativismo empresarial manifestam preocupação com a pobreza e a miséria; mas, na realidade buscam-se historicamente meras formas de regular e controlar a pobreza sem objetivo de promover transformação da realidade social (BEGHIN, 2005, p. 42).

Atualmente, não se adota mais conduta moral consistente em se sacrificar pelo bem do outro e da sociedade. Desprendendo-se a moral do mero dever de sacrifício, propõe-se uma responsabilidade ética fundada em regras justas e equilibradas, sem a renúncia ou imolação pelo outro, pela família ou pela nação. O princípio da responsabilidade não mais decorre de imposição do desprendimento dos objetivos pessoais; pois busca-se a harmonização dos direitos subjetivos do indivíduo com a vida social e econômica.

Ontologicamente, cada ser humano tem vida solitária no sentido de ser responsável por seu próprio destino. É solidário, sociologicamente falando, na vida política, econômica e cultural. Prudência é virtude ética no sentido de comandar e obedecer; assim, ela rege nossa vida política no exercício do poder com autoridade. Justiça governa nossa vida moral, no plano da relação com o outro, na reciprocidade de direitos e deveres, não bastando a coexistência pois também é importante a convivência (LIMA, 1984, p. 157,163).

A consciência determina o ser responsável na realidade social, mediante virtudes éticas da convivência. Transcende-se do individual para o coletivo, do privado para o público, do particular para o universal. A responsabilidade ética visa ao bem comum, e menos a interesses particulares. Autoridade genuína expressa poder para comandar justificado por base firme e confiável de saber e agir. O poder sem responsabilidade gera a corrupção, havendo proveito pessoal ou de grupo, configurando infração ética (CAPRA et alii, 1991, p.169).

Conforme David STEINDL-RAST, a autoridade se manifesta como base firme de conhecimento e de ação, em seu sentido original, sendo isto o fundamento do poder para comandar. A autoridade mantém-se saudável quando houver força e responsabilidade, pois: “aqueles que exercem o poder devem ser responsáveis pelo uso que fazem do poder”. Conceder poder a outrem significa capacitá-lo para ser firme com os seus próprios pés. Atribuir autoridade a alguém significa dar-lhe responsabilidade (CAPRA et alii, 1991, p. 170).

Para Leonardo BOFF (2003, p. 51), a responsabilidade é aptidão para dar respostas eficazes aos problemas da realidade. “Responsabilidade surge quando nos damos conta das consequências de nossos atos sobre os outros e a natureza”.

Na Carta Encíclica “Laudato Si”, o Papa FRANCISCO, ao tratar da política e economia em diálogo para a plenitude humana, afirma que a política não deve submeter-se à economia e esta não é escrava dos ditames da tecnocracia. Visando ao bem comum, política e economia devem se colocar, em diálogo, a serviço da vida, levando a sério os princípios éticos (2015, p. 111). Focalizando o lugar da política, destaca o princípio da subsidiariedade que, a par de dar liberdade para o desenvolvimento de capacidades, exige

mais responsabilidade pelo bem comum, por parte de detentor de poder. O descrédito da política resulta da irresponsabilidade ética, decorrendo assim da corrupção e da falta de boas políticas públicas (2015, p. 115).

Em síntese, nas atividades beneficentes constata-se: ética é projeto de bem viver, incluindo o outro; caridade ou filantropia favorece o destinatário; não se usa poder em benefício próprio; generosidade beneficia o destinatário; responsabilidade consiste em exercer o poder com autoridade, transcendendo o ato de comandar, pois envolve ter sabedoria e efetivamente agir com sabedoria na concretização dos valores inerentes à dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A título de conclusão, cumpre formular as considerações finais a seguir explicitadas.

Vida ética significa projeto de felicidade no qual o outro tem lugar, promovendo-se justiça ou generosidade. Ser justo é dar a outrem o que é seu por direito; generosidade consiste em dar a outrem o que lhe falta. A generosidade, vista como caridade, filantropia ou solidariedade, é virtude ética, pois favorece o destinatário e não o provedor.

A ética congrega pessoas, revitaliza valores e o espírito de responsabilidade. A responsabilidade ética emerge como essência da realidade social para harmonizar direitos individuais nas relações socioeconômicas. Sociedade sem ética está fadada ao autoritarismo, à prática da corrupção e desigualdade social.

A consciência individual determina o ser responsável na realidade social, mediante virtudes éticas da convivência. Transcende-se do individual para o coletivo, do privado para o público, do particular para o universal. A responsabilidade visa ao bem comum, e menos a interesses particulares.

Nas atividades beneficentes, responsabilidade ética consiste em agir com sabedoria para concretização dos valores inerentes à dignidade da pessoa humana. Autoridade genuína expressa poder para comandar justificado por base firme e confiável de saber e agir. O poder sem responsabilidade gera a corrupção, havendo proveito pessoal ou de grupo, configurando infração ética.

Por sua vinculação estreita com a generosidade, a atividade beneficente tem como fundamento a ética, pois refere-se a ter vida boa incluindo o outro. Responsabilidade consiste em exercer o poder com autoridade, transcendendo o ato de comandar, pois envolve ter sabedoria e efetivamente agir com sabedoria, sem benefício próprio, na promoção da dignidade da pes-

soa humana. Antes de ser um problema jurídico ou econômico, portanto, a responsabilidade ética pressupõe a formulação de exatas políticas públicas visando à transformação da realidade social em benefício de todos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEGHIN, Nathalie. *A filantropia empresarial: nem caridade, nem direito*. São Paulo: Cortez, 2005. 119 p.

BOFF, Leonardo. *Ética e moral: a busca dos fundamentos*. Petrópolis: Editora Vozes, 2003; 125 p.

BRASIL. *Vade Mecum - Civil e Empresarial: CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil. CC – Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPRA, Fritjof; STEINDL-RAST, David; MATUS, Thomas. *Pertencendo ao Universo – Explorações nas fronteiras da ciência e da espiritualidade*. São Paulo: Cultrix, 1991; 193 p.

FRANCISCO, Papa. *Carta Encíclica Laudato Si do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum*. São Paulo: Paulus e Edições Loyola, 2015; 142 p.

LIMA, Alceu Amoroso. *Tudo é mistério*. Petrópolis: Editora Vozes, 1984. 195 p.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Sociedade Pós-Moralista*. São Paulo: Manole, 2005.

LA TAILLE, Yves de. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, 150 p.

JORGE STREET: funções do direito social trabalhista na formação do capitalismo brasileiro

Arthur Bastos Rodrigues

Universidade Federal Fluminense, doutorando PPGSD, Niterói, Brasil.

Docente UNIFAMINAS-Muriaé/MG, Curso de Direito,

arthurbr_1@hotmail.com

RESUMO

Este trabalho procura determinar concretamente a relação entre economia e direito, através das investigações nas funções ideológicas do direito social trabalhista na formação social do particular capitalismo brasileiro. Para isso, procura-se aproximar do seu momento de gênese, no início do século XX, em que o direito social trabalhista tem protagonismo como mediação social, na realidade de superexploração e miserabilidade do trabalhador. As inúmeras greves cristalizavam o intenso conflito social. Nesse sentido, já na década de 20 mas, principalmente, a partir de 30 com os governos Vargas, a “questão social” passa a ser realçada e o direito trabalhista, com papel protagonista, é debatido e proposto em diversas esferas da sociedade. Particularmente, neste trabalho, procuramos acentuar a figura do industrial Jorge Street pela sua defesa do direito trabalhista, da legalização de greves e sindicatos, tanto nas organizações patronais quanto na participação direta de departamentos públicos. A partir da análise de palestras e textos escritos pelo industrial sobre o tema procuramos acentuar a relação entre direito e economia, através das suas funções ideológicas ativas.

Palavras-chave: direito social-trabalhista; Jorge Street; ideologia.

INTRODUÇÃO

A gênese do particular capitalismo brasileiro se dá nos anos vinte e trinta do século XX e, nesse período, o direito social trabalhista demonstra exercer uma função de protagonismo como mediação social. Com o papel de “incorporar” as classes trabalhadoras e “domesticá-las” à forma social capitalista, “alavancando generalizações” de padrões, como a propriedade privada, o contrato de trabalho e a exploração da “mais-valia”.

Desta forma, a legislação social - trabalhista e previdenciária - passaria a ser vista como mediação ideológica para a estabilidade política e também para o crescimento econômico, particularmente industrial no país.

Deixando a perspectiva de ser um ataque ruralista contra a burguesia industrial, o direito social é visto como “arma de defesa e promoção dos próprios interesses” industriais. Alguns industriais passam a adotar essa posição e discurso participando diretamente das medidas do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, criado em 1930.

O problema geral dessa pesquisa gira em torno da pergunta de como se dá a relação entre direito e economia. Busca-se determinar concretamente no caso brasileiro a relação entre direito (ideologia) e economia, através da relação próxima entre industriais e juristas nas décadas de 10-40 do século XX para a efetivação do direito social trabalhista.

Neste sentido, analisamos aqui palestras e textos escritos pelo industrial de “vanguarda” à época Jorge Street. Busca-se identificar a função ideológica do direito social trabalhista na formação social do Brasil através das articulações do industrial Jorge Street, com a pesquisa em seus textos organizados pelo jurista Evaristo de Moraes Filho, demonstrando as proximidades entre industriais e juristas do trabalho, e em textos historiográficos do pensamento industrial brasileiro à época.

O industrial em questão, talvez pela sua ambiguidade, seja o mais característico representante da classe burguesa industrial do momento, um “homem do seu tempo”, tanto nos debates de política econômica protecionista, quanto no debate social. Sua atuação como industrial têxtil, dirigente de associações e federações da classe industrial e membro de departamentos de Estado tem protagonismo nas décadas de 20 e 30.

J. Street era chamado por seus pares de “poeta da indústria” e “socialista utópico” e pelos jornais operários de “burguês hipócrita”. Alguns relatos de seus operários à época da Vila Maria Zélia diziam que era um “Pai”, “patrão diferente” (cf. TEIXEIRA, 1990). O jurista Evaristo de Moraes Filho na obra por ele organizada *Ideias Sociais de Jorge Street* o trata como “o bom patrão” (cf. MORAES FILHO, 1980).

Desde o início do século XX sua “vanguarda” entre os industriais se destacava na questão social de defesa do direito social-trabalhista. Já em 1917-19, empreendeu a construção da primeira vila operária em São Paulo com casas “higiênicas” para os operários (TEIXEIRA, 1990, p. 23).

Industrial do ramo de importação de tecidos e comércio, a partir de 1900, com o acúmulo deste capital, passa a criar indústrias no Rio de Janeiro e posteriormente em São Paulo, fábricas ligadas diretamente ao ramo cafeeiro agroexportador, de sacaria, têxtil para trabalhadores e tecidos de juta em geral. Era defensor desde a 1ª República de maior protecionismo a indústria nacional e da regulamentação de greves, sindicatos e outros direitos sociais, criticando em algumas ocasiões a política da repressão aos movimentos de trabalhadores.

Já em 1919, no contexto das centenas de greves ocorridas no país desde 1917, na revista *A Razão* dizia o industrial que “O direito de reunião e o direito de greve são tão incontestáveis que não admitem discussão (...) e que o direito de greve pacífica é reconhecido pelas leis” (*apud* TEIXEIRA, 1990, p.33).

O “PROBLEMA DO TRABALHO” E O PROTAGONISMO DO DIREITO SOCIAL

Particularmente no pós trinta, a “questão social” – o “problema do trabalho” – ganha centralidade no debate político. Não se pode afirmar entretanto que não haviam leis sociais nos governos anteriores a trinta, nem que a “questão social” surge com a Revolução de 30 ou mesmo com o Estado-Novo. Mas foi nesse momento que as principais leis e discursos em torno da questão do conflito capital-trabalho passaram a reconhecer expressamente a classe proletária e o Estado como tomador de políticas públicas.

Entendendo o direito como *ideologia*, elemento que dá forma à complexificação das relações sociais é o da *heterogeneidade* das mediações sociais, traduzido em cada vez maiores especificações e diferenciações entre si, realçando uma função ativa (LUKÁCS, 2012, p. 269).

As ideologias como mediações são compreendidas como o *momento ideal* voltadas para a prática social na sua gênese histórica e função ideológica com “duração e eficácia de elos, remodelagens e efeitos” (*cf.* Vaisman, 2010).

As especificidades do direito estão, pois, no fato do fenômeno jurídico elaborar suas formulações através de uma “linha de normatização generalizadora”, assimilando e tomando a realidade social pelas abstrações de uma lógica interna - *jurídica*, mas, por outro lado, heterogênea em relação à economia. (VAISMAN, 2010, p. 53).

Paço Cunha (*cf.* 2017), nesse sentido, em estudo sobre direito e a viacolonial brasileira, aponta a hipótese do *protagonismo* do direito como um traço estrutural da formação do capitalismo no Brasil, particularmente do direito social e penal. Com Marx, aponta o autor que a regulação da jornada de trabalho no período com a padronização e redução das horas, criou as condições para a generalização da “produção de mais-valor relativo por meio do desenvolvimento acelerado do sistema da maquinaria”, sendo uma função do direito ser “alavanca de generalização” do mais-valor relativo.

A partir da historiografia sobre a formação social do Brasil, Paço Cunha (2017, p. 16) conclui que “enquanto no plano político, fechado às massas, se desdobrava o processo da conciliação entre as classes dominantes, o território jurídico foi mais intensamente o meio de integração da classe operária ao processo de objetivação do capitalismo no Brasil.”

Sobre a eficácia e duração do direito como ideologia seu efeito seria de engendrar profunda modificação nos padrões de acumulação a partir de 1930 (*ibidem*).

De forma que “Alimenta a forja de um proletariado regulado por uma legislação específica, que reconhece direitos e enfraquece a capacidade de organização, ao passo que fixa e generaliza os parâmetros para a apropriação do mais-trabalho” (*ibid.* p. 17-18)

Importantes análises foram feitas pela historiadora Angela Gomes (2014, p. 253) sobre a funcionalidade do direito social no pós-trinta, afirma que “fica ressaltada a importância da nova política social como um instrumento de eficácia ideológica, mas principalmente, de valor como força represora à orientação de esquerda do sindicalismo independente”.

Afirmando que a “lei da sindicalização” - Dec. 19.770 de 1931- com orientação corporativa buscava o controle político tendo efeitos positivos na taxa de acumulação do capital industrial no período (*ibidem*). Assim, no pós trinta, o papel da legislação social, além de político, representa imediatamente uma função econômica ao estimular o avanço da industrialização.

Na 1ª República a temática do “problema do trabalho” estava inter-relacionada com a “vocação agrária do país” e com os riscos que a industrialização traria para a estrutura econômico-social. Ficando a burguesia industrial atrofiada frente aos interesses agrários e à pressão dos movimentos operários. Entretanto, como visto, a crise econômica de 29 provoca uma mudança na orientação agroexportadora da economia brasileira em relação às atividades do comércio e indústria. (GOMES, 2014, p. 233).

A política econômica centrada basicamente em um produto de exportação agrícola com as políticas de valorização do café, limitava a capacidade produtiva das indústrias. Desde 1928, o desemprego crescia no campo e na cidade na mesma proporção que as greves. Além do aumento do custo de vida nos anos anteriores, acarretando o aumento da miserabilidade das classes trabalhadoras. “Segundo o Centro Industrial do Brasil em 1930, no Rio, o número de operários sem emprego chegava a 40.000 e em São Paulo, a 60.000.” (GOMES, 2014, p. 234).

É importante ressaltar que com a expansão e o avanço do movimento da classe operária a partir de 1907, durante a 1ª República muitas leis trabalhistas foram aprovadas, tratadas ora como um “ataque” da “oligarquia” agrária contra os industriais, ora como uma medida “higiênica”. A classe burguesa organizada nas associações atuava na maior parte das vezes para vetar essas leis, como a tentativa de aprovação do Código do Trabalho, em 1923. Algumas foram aprovadas a exemplo da Lei de Acidentes de Trabalho em 1919 e da Lei Elói Chaves em 1923, de matéria previdenciária.

A partir das dinâmicas pós “Revolução de 30”, a “questão social” passa a ocupar relevo em termos do reconhecimento do problema e da necessi-

dade de resolvê-lo (*ibid.*, p. 237). Neste processo de especificação da função do Estado frente à questão social, na ausência de abertura política, aparece o direito social como uma mediação ideológica efetiva. A relação entre burguesia e “política social” também se transforma, podendo se observar claramente no discursos dos industriais, juristas e Ministros do trabalho.

As pesquisas de Angela Gomes são centrais no debate da burguesia e da legislação social trabalhista nos Governos Vargas. No livro *Burguesia e Trabalho*, ela defende em sede de conclusão (2014, p. 356-357) que a legislação trabalhista é fruto da luta dos trabalhadores que se inicia no período anterior a trinta e que não houve uma “outorga” nem uma inovação absoluta por parte do Estado Novo com a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), por exemplo. Isso porque, existiam leis e disputas anteriores a trinta. A historiadora aponta, entretanto, que a burguesia exerceu na maioria das vezes “poder de veto” para adiar e limitar as conquistas e a amplitude dos direitos sociais trabalhistas.

Desse modo, a ação da burguesia organizada variava entre uma concessão de “boa vontade”, uma resistência com limitações e outras vezes, inclusive, a sua derrota no embate de forças, como no caso da Lei de Férias. Fica realçado o caráter de poder de veto da burguesia para adiar e limitar a progressividade da regulação junto ao governo.

Na sua segunda conclusão, entretanto a autora afirma que nos direitos sindicais, a atuação da burguesia foi mais rigorosa devido à importância do controle e da possibilidade de emoldurar o poder de luta dos trabalhadores nas formas corporativas do sindicato. Portanto, se houve um “poder de veto” nos direitos sociais, nos direitos sindicais houve um direcionamento mais estratégico.

O objetivo maior da política social do pós trinta expressava-se na desmobilização e controle do movimento operário assegurados pela implementação do direito sindical de formato corporativo (...) Subordinando os sindicatos à tutela estatal e impedindo quaisquer iniciativas de organização independente da classe trabalhadora e legislação sindical, associada à trabalhista, definia bem a principal diretriz de intervenção do Estado no mercado de trabalho. (GOMES, 2014, 357).

Desta forma, a legislação social-trabalhista e a previdenciária passariam a ser vista como mediação ideológica para a estabilidade política e também para o crescimento econômico, particularmente industrial no país.

Deixando a perspectiva de ser um ataque ruralista contra a burguesia industrial, o direito social é visto como “arma de defesa e promoção dos seus próprios interesses” industriais (*ibidem*). Alguns industriais passam a adotar essa posição e discurso participando diretamente das medidas do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio a partir de então, como no caso em análise.

JORGE STREET E O DIREITO SOCIAL-TRABALHISTA

O industrial Jorge Street, talvez seja pela sua ambiguidade, seja representante um de distinção da classe burguesa industrial, um “homem do seu tempo”, tanto nos debates de política econômica protecionista, quanto no debate social.

J. Street era chamado por seus pares de “poeta da indústria” e “socialista utópico” e pelos jornais operários de “burguês hipócrita”. Alguns relatos de seus operários à época da Vila Maria Zélia diziam que era um “Pai”, “patrão diferente” (cf. TEIXEIRA, 1990). O jurista Evaristo de Moraes Filho na obra por ele organizada *Ideias Sociais de Jorge Street* o trata como “o bom patrão” (cf. MORAES FILHO, 1980).

Desde o início do século XX, sua “vanguarda” entre os industriais se destacava na questão social de defesa do direito social-trabalhista. Já em 1917-19, empreendeu a construção da primeira vila operária em São Paulo com casas “higiênicas” para os operários (*ibid.*, p. 23).

Ainda em 1919, na revista *A Razão* dizia que “O direito de reunião e o direito de greve são tão incontestáveis que não admitem discussão (...) e que o direito de greve pacífica é reconhecido pelas leis” (*apud* TEIXEIRA, 1990, p.33).

A construção da vila operária Maria Zélia, inaugurada em 1917, foi usada como modelo de moradia operária no Brasil, replicada pelo Estado como política pública e contava com:

creche, jardim de infância, dois grupos escolares, restaurante, sede de sociedade operários da fábrica e escoteiros, armazém de comestíveis e fazendas, farmácia e gabinete médico, igreja, cassino e 181 casas térreas para residência de empregados e operários, mais um edifício térreo com 26 apartamentos para residência de operários solteiros. (TEIXEIRA, 1990, p. 28).

Sua riqueza tinha origem no capital mercantil, em torno do café, no giro importação-exportação e comércio interno, como fonte importante de investimento industrial. A importação não constituía obstáculo direto aos interesses industriais à época. Foram os negócios de importação de tecidos a fonte originária do capital industrial de Street (TEIXEIRA, 1990, p. 17), de forma que “as possibilidades manufatureiras surgiram na esteira da economia exportadora” e “o mercado consumidor de manufaturados ligava-se à dinâmica da economia cafeeira e à ascensão da nova burguesia” (*ibid.*, p. 18). No caso do setor têxtil, por exemplo, o desempenho das exportações – café, algodão, açúcar, fumo e cacau – gerava aumento da demanda por ensacamento, enfar-damento, vestuário e cobertores para as classes trabalhadoras.

Apesar do parque industrial paulista ser maior, as associações de industriais, como o Centro Industrial do Brasil (CIB) e a Companhia Nacional

de Tecidos de Juta (CNTJ) mantinham-se no Rio de Janeiro por conta da proximidade com o poder político, demonstrando as relações entre burguesia industrial e Estado ainda nos primeiros anos do século XX. Jorge Street tinha claramente aspirações políticas (*ibid.*, p. 21).

O “poeta da indústria” desempenhou muitos cargos de presidência e diretoria nas principais associações classistas da indústria à época. Estas declaravam, como nas atas do CIB, que “diante da nova mentalidade proletária” é necessário demonstrar a força da união da “classe toda dos patrões, feita num bloco sem falhas, e daí a sensação de força irreprimível que dele premana.” (*ibid.*, p. 48).

Em 1931, na gestão de Lindolpho Collor no recém criado Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, J. Street é nomeado diretor-geral do Departamento Nacional de Indústria e Comércio, órgão do referido Ministério. Neste período, o ministério passa por uma série de estudos sobre a realidade dos operários e criam vários projetos de lei. Ainda que a maioria só tenha sido efetivada nas gestões seguintes a de Collor (TEIXEIRA, 1990, p. 157), duas leis foram aprovadas no período: a de Sindicalização e a de Nacionalização do Trabalho.

Entre esses projetos se destacam: horário de trabalho; regulamentação do trabalho feminino e do menos; convenções coletivas de Trabalho, Juntas de Conciliação, Julgamento e Salário Mínimo. (*ibidem*)

Em 1935, Jorge Street, então diretor do Departamento Estadual do Trabalho de São Paulo, pronunciou uma conferência no Instituto de Engenharia, onde se propôs a palestrar sobre a legislação social trabalhista, convidado pelo líder industrial e presidente do Instituto, o paulista Roberto Simonsen. Nesta palestra, algumas defesas e declarações são relevantes para compreender a compreensão funcional do direito em Street, seu “vanguardismo” e a posição diversa entre os empresários.

A narrativa busca sensibilizar os empresários quanto a necessidade humana das leis, uma “necessidade hoje inelutável”, em busca de “paz material”, “justiça social”, “pacificação dos espíritos”, “bem-estar físico, moral e intelectual dos assalariados” e “ato de fé e esperança”, afirmando ainda que a “questão social” já é um consenso entre as nações do mundo no pós primeira guerra, em referência ao Tratado de Versalhes e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919. De forma que, o trabalho “não deva ser considerado como uma mercadoria” (MORAES FILHO, 1980, p. 422).

Essa é uma referência direta ao primeiro princípio da OIT, “trabalho não é mercadoria”, o que já aponta a *heterogeneidade* do direito como ideologia em relação à realidade de exploração da força de trabalho, ao certo, utilizada como mercadoria na extração de mais-valor.

Na conferência, o industrial segue afirmando que o argumento econômico não deve contrariar o argumento social, pois a força da ideia de justiça “hoje foi vencedora em toda a parte” e que “Negar a existência de uma questão social no Brasil foi um erro” (*ibid.*, p. 424), pois o problema existia. “(...) incontestavelmente abusos e injustiças contra crianças, mulheres e mesmo operários homens, no que diz respeito à idade de admissão, do horário e do salário, principalmente, (...) sabeis que falo por experiência própria” (*ibid.*, p. 425).

Tendo sido dono de fábricas durante 35 anos, Street “confessa”:

Confesso que trabalhei com crianças de 10 ou 12 anos e talvez menos, porque nesses casos os próprios pais enganam. O horário normal era de 10 horas e quando necessário de 11 ou 12. O que vos dizer das mulheres grávidas que trabalhavam até a véspera, que vos digo? Até quase a hora de nascer o filho? (MORAIS FILHO, p. 1980, p. 425).

Segue afirmando, demonstrando a relação entre os anos trinta e a função do direito social, que esse foi o “compromisso de honra” que a “Revolução de 30” assumiu durante o Governo Provisório e com a “força tumultuária e irresistível, pelas reivindicações das massas trabalhistas (...) essas ideias não param mais, até se tornarem realidade” (*ibid.*, p. 424).

Discorre ainda, sobre a “necessidade da sindicalização” (*ibid.*, p. 428), realçando a funcionalidade da regularização sindical e a preocupação com as diversas greves. Para isso, indispensável também o papel de um elemento indispensável, a saber, o Estado:

interdependência, que torna estéril o capital sem o braço (...) [surge] Daí a necessidade de órgãos, que estabelecessem o equilíbrio de recíprocos deveres e direitos (...) só atingível pelas uniões de classes, em cuja direção fossem colocadas as elites de boa-fé, fiscalizadas por sua vez pelas massas constituídas pelos membros dessas associações, que na nossa legislação são os sindicatos (*ibidem*)

Assim, ante a necessidade de um terceiro elemento coordenador com força de intervenção, este papel só poderia ser assumido pelo governo, buscando a “realização jurídica e econômica da colaboração de classes” e “equilíbrio de interesses divergentes ou opostos”, tomando o sindicato “uma instituição de defesa de direitos, mas que também deve regular deveres.” (*ibid.*, p. 429).

O industrial não “confessa”, entretanto, que o Estado, através dos operadores da burocracia jurídica, sendo o “terceiro elemento coordenador”, é constituído pelos interesses e por membros da burguesia industrial e comercial e não pelos interesses e membros da classe trabalhadora.

Além disso, apesar da crítica “romântica”, ele deixa claro a função da sindicalização de dissipar o “risco” de radicalização e agitação “tirânica e perturbadora” das organizações coletivas do trabalho.

Assim, apesar de defender greves “justas e pacíficas” como um direito, o sindicato seria um meio de organização capaz de controlar o número de greves, ou seja, em verdade, caberia ao sindicato o papel regulador de greves e desmobilizador da classe proletária (*ibid.*, p. 430).

O industrial, como membro dos Departamentos de Trabalho, tanto em nível federal, no ministério de Lindolpho Collor, quanto em nível estadual em São Paulo, cumpriu papel de legislador e aproximou-se da lógica interna do direito, na conferência de 1935 ele trata dos direitos como “princípios”, na lógica da OIT, argumentando no sentido “não só humanitário como jurídico, pois é bem sabido que a boa hermenêutica interpretativa das leis não se apegas só à letra, e olha mais para o espírito” (*ibid.*, p. 436).

Além disso, cita como defesa do princípio “em favor do empregado” a “abundante jurisprudência estrangeira (...) a alemã, a francesa e mesmo a italiana” (*ibid.*, p. 444). Numa relação próxima de industriais e juristas.

Pode-se perceber a proximidade entre o discurso em 1935 de J. Street sobre os sindicatos e os de Vargas que em discurso havia dito que graças à legislação sindical, conseguiu-se que os sindicatos, “em vez de atuarem como força negativa, hostis ao poder público, se tornassem, na vida social, elemento proveitoso de cooperação no mecanismo dirigente do Estado.”

Neste mesmo sentido, também Lindolpho Collor discorreu que: "Os sindicatos ou associações de classe serão os pára-choques destas tendências antagônicas. Os salários mínimos, os regimes e as horas de trabalho serão assuntos de sua prerrogativa imediata, sob as vistas cautelosas do Estado." (*cf.* GOMES, 2014).

De forma que, a princípio, se ressalta a atuação direta, em órgãos administrativos do Estado, e na participação nas associações industriais, para tomar a dianteira do processo de enquadramento dos trabalhadores através do direito sindical e das habitualidades empresariais.

Seu discurso se aproxima da tecnicidade na lógica interna do direito, e ressalta o discurso de “paz social” que tinha relevo entre os juristas do trabalho, como Oliveira Vianna e Evaristo de Moraes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho trouxe apontamentos sobre o direito do trabalho na visão do industrial Jorge Street. Por mais que não se tenha analisado diretamente a posição dos juristas do trabalho à época, algumas correlações se evi-

denciam na relação entre industriais e juristas, dando pistas concretas sobre a conexão da economia e do direito.

Street passa a utilizar cada vez mais linguagem jurídica, baseada em princípios e convenções da OIT (1919), advinda da sua relação com juristas nos departamentos de estado.

O sentido de “Paz social” nos discursos de “bem comum”, “pacificação dos espíritos”, “paz material e justiça social” “União de divergentes” é cada vez mais comum na década de 30. De seu trabalho efetivo houve criação de vários projetos de lei na gestão de Collor junto com outros juristas, que posteriormente serão aprovados.

Buscou-se, nesse sentido, as funções ideológicas do direito social para compreender de forma mais concreta as remodelagens dos elos sociais no momento histórico. De forma exemplificativa, trouxemos algumas declarações do industrial Jorge Street e se iluminaram algumas funções ativas (“alavanca de generalização”) do direito social particularmente do sindical, tais quais: gerenciamento da pobreza, “domesticação” (desmobilização e desorganização) da classe trabalhadora, regulação de greves, impermeabilização da política, “freio racional”, extração de mais-valor relativo e “apologia indireta ao capitalismo”.

A função ativa do direito sindical, por exemplo, fica mais realçada na defesa de Street da regulamentação, como um para-choque de contenção de greves do movimento operário, uma legalização estrita da chamada “greve pacífica” e o Estado como o “terceiro elemento coordenador”, “neutro”, perante o conflito, afirmando-se diretamente a “necessidade de sindicalização”

Pelo que se pode adiantar, pensando em apontamentos futuros a se desenvolver, na gênese do direito social trabalhista (1917-1945), a relação entre industriais e juristas é próxima e interdependente, havendo diferenças entre eles, mas a intenção conjunta de se consolidar um sistema social que possa mediar o conflito e remodelar as engrenagens sociais naquele momento, não se negava mais a “questão social”.

Quando se pensa, entretanto, no período contemporâneo de consolidação, a partir da década de 1990, com a desregulamentação e flexibilização (destruição) dos direitos trabalhistas, não se percebe tão diretamente a participação dos juristas em correlação com industriais. Por mais que os juristas do trabalho possam ser divididos em grupos diversos, ora defensores do tradicional direito social do trabalho, celetista, ora professores de uma reconstrução, “modernização” deste frente à realidade atual e outros, ainda, defendendo a própria destruição da lógica interna do direito do trabalho e da justiça do trabalho, não se observa, atualmente, diretamente a relação entre industriais e juristas do trabalho.

Aventa-se uma proximidade de discurso dos juristas dos últimos dois grupos acima com os atores do capital financeiro e bancário.

Se de um lado, alguns autores justralhistas rechaçam as desregulações atuais, outros defendem, com o capital financeiro, a flexibilização ou “modernização” deste, como se observou na reforma trabalhista (13.467/17) no Brasil.

REFERÊNCIAS

COTRIM, Livia C. A. *A crítica do populismo – elementos para uma Problematização*. Texto produzido originalmente como parte da dissertação de mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política - UNICAMP, 1999.

_____. *A via colonial: do capital atrofico à mundialização*. In: Chasin. (Org). *A miséria brasileira - 1964-1994: do golpe militar à crise social*. São Paulo: Ad Hominem, 2000. p. 1-34.

CHASIN, José. *O integralismo de Plínio Salgado: forma de regressividade no capitalismo hiper-tardio*. 2. ed. Santo André: Estudos e Edições Ad Hominem, 1999.

_____. *A Miséria brasileira (1964-1994): do golpe militar à crise social*. Santo André: Edições Ad Hominem, 2000.

FAUSTO, Boris. *A revolução de 1930: historiografia e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

GOMES, Angela de Castro. *Burguesia e trabalho: política e legislação social no Brasil (1917-1937)*. 2 ed. Rio de Janeiro: 7letras, 2014.

_____. *A invenção do trabalhismo*. 3ªed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

GOMES, Angela Maria de Castro. *O redescobrimento do Brasil*. In : OLIVEIRA, Lúcia Lippi, VELLOSO, Mônica Pimenta e GOMES, Ângela Maria de Castro. *Estado Novo: ideologia e poder*. Rio de Janeiro, Zahar. 1982

GRYNSZPAN, Mário. PANDOLFI D. C. *Da Revolução De 30 Ao Golpe De 37: A Depuração Das Elites. Dossiê Estado Novo: 60 Anos*. Revista de Sociologia e Política. nº 9. 1997.

LUKÁCS, G. *Para uma ontologia do ser social*. vol. 1. São Paulo, Boitempo. 2012.

MARX, Karl; ENGELS, F. *O Capital*. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias sociais de Jorge Street*. Introdução, notas bibliográficas, cronologia e textos selecionados. Coleção “Ação e Pensamento da República”. nº 4. Brasília: Senado Federal; Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Barbosa - MEC, 1980.

PAÇO CUNHA, Elcemir; SALLES, A. P. A; MONNERAT, A. N. *Aportes materialistas ao estudo do pensamento jurídico como ideologia: A crítica romântica do capitalismo e o direito social de Cesarino Junior*. PPGSD/UFF. Anais do 7º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito. 2017.

PAÇO CUNHA, Elcemir. *Direito e Via-Colonial*. Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas sobre Marx e o Marxismo. 2017.

_____. *Movimento real da forma política em Marx: elementos para a crítica dos “aparelhos repressivos” como síntese do estado capitalista*. Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas sobre Marx e o Marxismo da Universidade Federal Fluminense, Niterói/RJ, 2015

PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo - colônia*. 6ª edição. Brasiliense: São Paulo. 1961.

TEIXEIRA, Palmira Petratti. *A fábrica do sonho: trajetória do industrial Jorge Street*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

VAISMAN, Ester. *Ideologia e sua determinação ontológica*. Verinotio, Belo Horizonte, n. 12, 2010.

_____. *A Determinação Marxiana da Ideologia*. Tese de doutorado (Educação). Belo Horizonte: UFMG/FAE. 1996

O DIÁLOGO E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Cleber da Cruz Cunha

Mestre em Justiça Administrativa UFF

teto.mateto@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar a necessidade de uma comunicação efetiva entre os concernidos na estruturação de um estado democrático de direito, principalmente quando a constituição do respectivo povo marca-se pela pluralidade social e cultural, uma vez que fatos sociais recentes, a partir da eleição presidencial no Brasil de 2018, têm apontado para uma falta de diálogo em nível que se permita estruturar uma sociedade livre, justa e solidária, em que não se aceite qualquer forma de preconceito ou discriminação; ao revés, têm sido observadas polarizações nas quais, em princípio, não se identifica uma comunicação dialógica efetiva, mas, sim, monólogos polarizadores que não têm colaborado para o avançar no que tange ao alcance dos objetivos assumidos pelo Brasil a partir da Carta Magna de 1988. O trabalho, assim, a partir dos ensinamentos de Jürgen Habermas, pretende discutir a necessidade do diálogo na estruturação de uma república democrática de direito, que suporte a construção estatal, amoldando-se a uma discussão ética sobre a democracia, como reflexo do poder exercido pelo povo na construção societária.

Palavras-chave: Diálogo; República; Democracia; Estado de Direito.

INTRODUÇÃO

O Brasil, a partir da reestruturação iniciada com a Carta Magna de 1988, nasce ou renasce como uma república democrática de direito, o que traz em seu bojo uma série de compromissos estatais advindos da própria concepção da forma e regime de governo postos, entre os quais estariam a liberdade, a igualdade, a impessoalidade, e o direito como manifestação legítima da opção diretiva estatal a que todos devem se submeter.

Há se observar que esses princípios fundantes ganham importância exponencial quando se está diante de uma sociedade plúrima, como a sociedade brasileira, o que se potencializa, nos últimos tempos, pela evolução das tecnologias de comunicação e informação, que têm diminuído distâncias, tor-

nando fronteiras porosas, implicando a resignificação do elemento subjetivo do estado, ou seja, o povo.

Outrossim, vê-se, nessa perspectiva, a importância do diálogo como meio para se eliminar ou amenizar as tensões naturalmente identificadas em sociedades plúrimas, em que as discussões devem ser amplas, transparentes, baseadas no efetivo direito de participar, de falar, de ser ouvido, enfim, de concretamente participar da construção social através de ações comunicativas plenas.

Não se pode olvidar, ainda, que o estado de direito se baseia na supremacia da ordem legal, em que todos a essa estão submetidos, o que reflete na necessidade de uma legitimidade das normas, amparada no mais amplo diálogo no que ao processo da elaboração das mesmas, com o que se conseguirá a amenização ou eliminação das tensões sociais, com a construção consequente de uma sociedade livre, justa, e solidária.

No entanto, a despeito do exposto, têm sido observados comportamentos que, em tese, vão de encontro à perspectiva dialógica que se exige de uma república democrática de direito, verificando-se monólogos polarizados que parecem ir de encontro aos princípios fundantes suprapostos, como os da impessoalidade, igualdade e liberdade, impondo-se unilateralmente posições que carecem de legitimidade por não se amparem em ações eminentemente comunicativas.

O presente trabalho visa assim a analisar, em um aspecto geral, os conceitos de república, principalmente no que tange ao uso da res publica de forma impessoal como suporte desta forma de governo; de democracia, em particular no que se refere ao povo como detentor exclusivo do poder estatal; e o de estado de direito, analisando a legitimidade das decisões e legislações que comandam o estado.

Em um objetivo específico, o presente trabalho pretende analisar a importância do diálogo de ações comunicativas no que tange à construção e desenvolvimento social, principalmente em uma sociedade plúrima, como a brasileira.

A busca dos objetivos postos se dará com uma revisão bibliográfica, baseada nas obras de Jürgen Habermas, em particular “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, e “Consciência Moral e Agir Comunicativa”, e “A Constelação Pós-Nacional”.

Outrossim, com o fim de se exemplificar comportamentos que, em tese, iriam de encontro aos conceitos fundantes vinculados à república, à democracia, e ao estado de direito, será analisado um episódio vinculado à uma audiência pública proposta pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, fato amplamente divulgado pelos meios de comunicação, e que parece um bom case para identificarmos concretamente a importância da análise dos elementos fundamentais de uma república democrática de direito.

O estudo assim busca analisar os princípios fundantes, intrínseca e umbilicalmente vinculados, aos conceitos de república, democracia e estado

de direito, principalmente no que tange à importância do diálogo e de ações comunicativas que implicam a legitimidade da ordem jurídica pátria, o que, prospectivamente, redundará na diminuição ou eliminação de tensões sociais, e a construção de uma sociedade livre, justa, e solidária, como propõe como objetivo fundamental o Brasil.

DESENVOLVIMENTO

A partir dos objetivos acima apontados, o presente trabalho analisará, inicialmente, os elementos fundantes dos conceitos de república, democracia, e de estado de direito; após, trabalhará o diálogo e sua importância para a construção da democracia; e, em um terceiro momento, a partir de um estudo de caso, discutirá os desafios envolvidos com os conceitos sob análise, senão vejamos:

1. REPÚBLICA, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO

O Brasil, a partir da reestruturação iniciada com a Constituição Federal de 1988, como já posto, assume-se como uma república democrática de direito, o que, de forma inata, traz uma séria de compromissos estatais, entre os quais estariam a igualdade, a liberdade, e a supremacia do direito enquanto manifestação legítima da opção diretiva estatal (CUNHA, 2017, p. 32).

Esses marcos norteadores ganham contornos especiais haja vista a amplitude territorial continental do Brasil, que congrega desde floretas tropicais, até climas temperados, situações semidesérticas a áreas pantaneiras; além disso, há a constituição do seu povo, marcado pela efetiva pluralidade social, em que toda sorte de raças se conglomerou nesta estruturação social.

A situação posta se acentua com o avanço tecnológico, particularmente no que tange aos meios de transporte, e as novas tecnologias de comunicação e informação, que geraram uma aproximação social, mundialmente falando, como nunca vista outrora, levando a se falar mesmo em uma porosidade fronteiriça (HABERMAS, 2001, p. 87), que levaria a uma nova concepção de estado e mesmo de cidadão.

Essa realidade impõe um balizamento parametrizador constante no que tange à estruturação estatal brasileira, principalmente quanto aos comandos constitucionais referentes aos direitos e garantias fundamentais, umbilicalmente ligados aos conceitos de república, democracia, e estado de direito.

Nesse sentido, a república, como forma de governo, surge como uma contraposição à monarquia, cujo fim seria transferir o poder da mão do rei e transferi-lo à nação (NOVELINO, 2012, p. 370), vendo-se uma publicização dos bens necessários ao suporte da existência estatal, que outrora se concentravam no domínio privativo do soberano.

A própria constituição vocabular parece nos remeter a publicização supracitada, uma vez que, república, do latim *res publica* - coisa pública, apontaria para uma sobreposição do coletivo sobre o individual, do público sobre o privado, não no sentido de todos os bens existentes no âmbito do estado sejam comuns, públicos, mas no sentido de que o suporte da existência do Estado está em que todos os bens desse são públicos, estando sob o domínio do povo (CUNHA, 2017, p. 108).

A essa estruturação está ligado, por exemplo, o princípio da impessoalidade, previsto no artigo 37 da CRFB, que capitania toda estrutura da Administração Pública pátria, mostrando que todo agir estatal está desvinculado de uma privatização quanto aos bens materiais e imateriais que suportam a existência estatal, importando um atuar dentro do específico fim e interesse público determinado pela lei, em que qualquer ato que venha tergiversar esse fim ou interesse desvia de sua finalidade, maculando o referido atuar no que tange à forma republicana (MEIRELLES, 2000, pp. 85-86).

Assim, todo o agir público em uma república deve se pautar na proibição do uso dos recursos estatais, pois está-se concretizando os deveres estatais com bens materiais e imateriais que não pertencem ao indivíduo, como bem privado, mas a todo o povo que constitui o elemento humano do referido estado, o que tem reflexo em todos os âmbitos de atuação do referido ente estatal.

Neste viés, como se verá melhor abaixo, que dentro desse espectro de atuação estatal está a educação, que como dever do Estado, não se pode furtar ao princípio republicano, seja no âmbito público, conforme expresso no artigo 205, caput, da CRFB, seja no âmbito privado que, apesar de estar fora, a priori, do domínio estatal, é, na verdade, uma outorga subsidiária, e que por isso, deve atender ao cumprimento de normas gerais da educação nacional (Art. 209, I, CRFB), bem como se submeter à autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (Art. 209, II, CRFB).

O Brasil, além reestruturar-se sob a forma republicana, renasce em 1988 como um estado democrático, ou seja, um estado em que o poder desloca-se do domínio de um indivíduo, como se vê em regimes autocráticos, como em algumas monarquias, ou do poder de grupos, como em regimes oligárquicos, para o povo, que é o único detentor do domínio do poder estatal, como deixa claro a Carta Magna, no parágrafo único do seu artigo primeiro, onde se lê que “todo poder emana do povo”.

A democracia, *demos + cratos*, baseia-se, portanto, na atuação ativa e efetiva do povo na estruturação societária, em que cada concernido não só pode como deve assumir suas prerrogativas enquanto elemento subjetivo componente do referido Estado.

O povo, nesse sentido, ganha uma supremacia especial, uma vez que deixa ser objeto e passa a ser sujeito da relação democrática, compondo o quadro humano sufragante, assumindo a capacidade decisória que lhe outor-

ga esse regime de governo, apontando para o ponto de vista político do conceito de povo (BONAVIDES, 1995, pp. 74-75).

Há de se observar que o conceito de povo pode fundar-se a partir de ponto de vista político, jurídico e sociológico (BONAVIDES, 1995, p. 74).

Sob o ponto de vista político, povo seria a parte da população capaz de participar, através de eleições, do processo democrático (BONAVIDES, 1995, p. 75). No viés jurídico, povo está vinculado ao conceito de cidadania, sendo, portanto, o conjunto de indivíduos vinculados a um determinado ordenamento jurídico pela cidadania (VIRGA, *apud* BONAVIDES, 1995, p. 76); sob o ponto de vista sociológico, o conceito de povo se identifica com o conceito de nação, sendo, assim, “toda a continuidade do elemento humano, projetado historicamente no decurso de várias gerações e dotado de valores e aspirações comuns (BONAVIDES, 1995, p. 78).

A partir do exposto, parece que o Brasil adotou um conceito misto de povo, resultado de um amálgama dos conceitos sociológico, político e jurídico, como apontam os termos, direitos e deveres, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entre os quais, a título de exemplo, podemos citar: cidadania (Artigo 1º, II), cidadão (Artigo 5º, LXXIII), natos, naturalizados, nacionalidade (Artigo 12, I, II, a), e eleitores (Artigo 14, § 2º).

A despeito do posto, vê-se que no Brasil, como regra, o conceito de povo vincula-se, na prática atuante na construção estatal, ao voto, e, assim, ao exercício da cidadania, o que parece reduzir a amplitude do conceito de povo no que concerne a ser esse o elemento subjetivo estruturador da democracia.

Essa realidade ganha contornos especiais com o advento das novas tecnologias de comunicação e informação, incluindo os meios de transporte, que diminuiriam os espaços físicos-temporais, gerando-se uma porosidade fronteira (HABERMAS, 2001, p. 87), que tem implicado a necessidade de se pensar ou repensar o conceito de povo, enquanto elemento subjetivo estruturador da democracia.

Nesse sentido, a massa subjetiva que atua na estruturação do estado, em particular da democracia brasileira, vai para além daqueles que votam e/ou podem ser votados, incluindo pluralidade de indivíduos que vão desde brasileiros menores de dezesseis anos, presos, estrangeiros, e mesmo apátridas, que sob a ordem jurídica pátria não podem votar, mas que atuam efetivamente na estruturação do Estado, conformando-se, assim, ao espectro do que se conhece como povo para fins de democracia.

Um exemplo claro dessa atuação do povo para além dos cidadãos e, portanto, da ótica jurídica, política, e mesmo sociológica, na conformidade democrática brasileira, vê-se, por exemplo, na constituição de associações de refugiados, cujo fim é apoiar e desenvolver políticas públicas de apoio a estrangeiros que chegam ao solo brasileiro fugindo de toda sorte de perseguição e problemas em seu país de origem; ou mesmo toda movimentação que ocorreu no Brasil em virtude da entrada de venezuelanos pela fronteira de

Roraima, o que tem gerado toda sorte de modificação na ordem jurídica pátria, mostrando que o poder, construtor da democracia, vai para além da mera atuação dos cidadãos.

Logo, pensar em democracia, hodiernamente, impõe um olhar plúrimo que vai para além das concepções jurídicas, políticas e sociológicas outrora postas, o que, reforçado pela porosidade fronteiriça advinda das novas tecnologias de comunicação e informação, tem alçado novos indivíduos a autores da construção democrática, apontando para uma nova repartição do poder que outrora era restrito a cidadãos.

O Brasil, além de ser república - que impõe a coisa pública como estruturador do Estado, e ser democrático - o que põe o povo o único titular do poder, é estruturado também como estado de direito, o que implica submissão de todos ao comando legal, reforçando a publicidade, a impessoalidade, e a responsabilidade de todos os concernidos quanto à atuação enquanto estruturadores do estado brasileiro.

Essa força legal, própria do estado de direito, fica evidente quando a Carta Magna põe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Artigo 5º, II, CRFB), e que 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...”(Artigo 37, caput, CRFB), apondo todos, incluindo o próprio Estado, ao comando legal.

A despeito de eventuais discussões jurídico-filosóficas, a legalidade, em uma acepção ampla, aponta para o fato que o funcionamento do regime e a autoridade dos governantes devem ser regidos por linhas-mestras oriundas da Constituição (BONAVIDES, 1995, p. 111); submetendo, porém, não só o Estado e seu aparato, mas a todos os concernidos que, integrando ou não o escopo do povo, como acima visto, estão sob o domínio do Estado em dado momento.

Essa submissão regrada de todos em um estado de direito recobra em seu bojo o princípio da soberania popular, própria da democracia – *demos cratos*, requerendo atuação de todos os concernidos na construção do suporte legal que regra e submete toda a sociedade de onde se advém a cara ‘ordem e domínio legitimada pelo povo’ (NOVELINO, 2012, p. 371).

Não se pode olvidar, como já posto, que a legitimidade de normas que compõem o arcabouço legal de um estado de direito deve decorrer a atuação ativa de todos os concernidos na estruturação desse corpo legal, sem o que as tensões naturalmente advindas dos choques de interesses advindas de uma sociedade plúrima se sobreporão as normas, ainda que formalmente postas, por não estarem em conformidade, não com a vontade um ou outro eventual interessado com objetivos e desejos específicos, mas com a vontade comum, advinda de uma efetiva ação comunicativa (HABERMAS, 2003, p. 175), que elimine ou amenize as tensões, uma vez que nasce de um acordo

dialogal em que os indivíduos, como concernidos, tiveram a oportunidade de conjuntamente construir.

O exposto nos expõe a importância da comunicação e do diálogo na construção de um estado de direito, pois somente com a efetiva participação do povo, sob o viés amplo visto acima, poder-se-á, no atual estágio da sociedade brasileira, se estrutura leis que tenham legitimidade submeter a todos aos seus comandos.

Essa legitimidade se liga, por todo o exposto, umbilicalmente ao conceito de democracia, pois é objeto e decorrência do exercício do poder pelo povo, através de ações de comunicação efetiva e eficaz, cujo diálogo se impõe sob o risco de haver imposições e distorções indevidas, que comprometeriam o estado de direito, a democracia, a república, e, portanto, todo estado brasileiro.

Nesse sentido, faz-se importante reforçar a importância da comunicação e do diálogo na construção do estado de direito, o que se suportará com o exercício efetivo do poder, cujo titular exclusivo é o povo, de forma que todo os bens estatais suportem essa construção de forma pública, impessoal e não privada, somente com o que se poderá falar em um estado republicado de direito, como nasceu ou renasceu o Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, como vemos melhor nos tópicos seguintes deste trabalho.

2. DIÁLOGO E A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA

O Brasil, como posto acima, a partir da Carta Magna de 1988, nasce ou renasce, pelo menos sob o aspecto jurídico, sob o viés de ser uma república democrática de direito, impondo-se, enquanto Estado, de forma inata, uma série de compromissos e objetivos, cuja fonte primeva está na própria escolha feita no que tange à forma de governo e regime de governo.

A análise desenvolvida mostrou que a democracia se baseia em um princípio, ou seja, a participação do povo na construção, desenvolvimento, e manutenção da respectiva sociedade, e, a despeito de várias posições e discussões sobre sua efetiva concretização (Bonavides, 1995, pp. 265-268), não se poderia, sob o risco de desfigurar esse regime, de se atentar para a “profunda e genial definição lincolniana de democracia: governo do povo, para o povo, pelo povo” (Bonavides, 1995, p. 267).

Nessa perspectiva, ao se pensar no conceito de democracia (demos + cratos), vê-se que, muitas vezes, a discussão se dá em torno do “poder”, apontando para uma constante luta polarizada pelo domínio social desse poder, pelo poder, o que, neste recorte analítico, não parece decorrer de uma discussão que envolva toda a gama subjetiva que compõe o Estado, implicando um sectarismo que nos remete à democracia grega clássica, em particular a revelada por Aristóteles, que sofre críticas por não abarcar todo indivíduo que compunha a referida sociedade, em um descompasso entre o formal e o concreto .

Não se pode olvidar que a Grécia, em particular na cidade-estado Atenas, foi o berço da democracia direta, em que o povo, reunido no Ágora, alçava a praça, enquanto locus público, no grande recinto da nação, onde a soberania, em suas perspectivas legislativa, executiva e judiciária, era reflexo pleno do exercício do poder (Bonavides, 1995, p. 168).

Neste ponto, surge a crítica moderna ao regime democráticos dos antigos, pois a despeito do exposto, havia a coexistência da escravidão, implicando a limitação do exercício de participação no ato criador da vontade política a uma minoria social de homens livres sobrepostos à uma esmagadora maioria de homens escravos, revelando, no máximo, uma aristocracia democrática, ou uma democracia minoritária (Bonavides, 1995, 268).

A citada crítica parece apontar para o desnivelamento topográfico que apõe o poder sobre o povo, em que a busca pelo controle do poder por a seria a tônica, em movimento monopolizador, que iria de encontro ao próprio conceito em si de democracia, enquanto poder do povo, pelo povo, para o povo, como o conceito lincolniano supra visto.

Há de se observar que, a despeito do exposto, Aristóteles teria apontado as bases fundamentais de uma democracia, ou seja, a natural igualdade entre todos os homens, e a necessária participação desses na construção e manutenção de uma sociedade democrática (Cunha, 2017, p. 18).

Essa base parece ter sido retomada com a idade moderna, com o resgate dos conceitos clássicos da Grécia Antiga, advindos com o Renascimento, que culmina com o Iluminismo, que eminentemente influenciou as revoluções do Século XVII (Santiago et al., 2014, p.139), incluindo a Revolução Francesa que traz em seu bojo a matriz “liberdade-igualdade-fraternidade”, que suporta, em regra, conceito hodierno de democracia, percebendo-se um descolamento, ou, um equilíbrio topográfico, entre o poder e o povo no conceito de democracia, observando-se uma acomodação natural da subjetividade em sua amplitude – povo, sobre o objeto – poder.

Essa releitura democrática vem sendo, ao que parece, desenvolvida desde então, passo a passo, por estados e nações que, partindo da fonte francesa, buscam concretizar o conceito de democracia, em que todo indivíduo integrante da massa subjetiva do estado, teriam igualmente o direito de falar, ser ouvido, discutir, enfim, participar efetivamente do exercício do poder estatal em uma democracia.

Essa evolução construtiva influenciou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, além de apor-se como república democrática de direito (art. 1º, caput), entre outros aspectos, apontou como fundamentos do estado a cidadania e a dignidade da pessoa humana (Artigo 1º, incisos II e III); declarou que “todo poder emana do povo” (Artigo 1º, parágrafo único); constituiu como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa, e solidária (Artigo 3º, inciso I); garantiu em sede fundamental a igualdade de todos perante a lei (Artigo 5º, caput), bem como a participação popular no controle estatal através da ação popular (Artigo 5º,

LXXIII), e no exercício da soberania popular através do sufrágio universal e pelo voto direto, secreto, e com igual valor para todos (Artigo 14, Caput), com uso de instrumentos como plebiscito, referendo e iniciativa popular (Artigo 14, caput, incisos I, II, III); e, ainda, a submissão da administração pública aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Artigo 37, caput).

Entre os elementos citados nesse recorte constitucional, vê-se que um dos objetivos constitucionais do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Não se pode olvidar que o homem é um ser gregário, cuja total potencialidade enquanto ser humano exige a convivência com outros de sua espécie, o que naturalmente gera tensões individuais e sociais, o que potencializa-se em uma sociedade como a brasileira, que traz em sua constituição subjetiva uma amálgama efetivamente plúrimo, fato potencializado, fato potencializado pelas novas tecnologias de comunicação e informação, como será analisado mais adiante.

Nessa realidade sobrepõe-se a importância da liberdade e da igualdade como princípios fundantes da possibilidade de construção de pontes comunicativas capazes de permitir o efetivo diálogo entre os concernidos no exercício do poder estatal cujo titular, frise-se, é o povo, com o fim de alcançar estruturas efetivamente legítimas, que se amparem em decisões advindas desses diálogos, o que permitirá, senão o fim de tensões sociais, pelo menos sua acomodação em um meio termo que permita o viver em uma sociedade livre, justa e solidária, como objetiva o Brasil.

A igualdade, em um cenário democrático nos moldes da Carta Magna de 1988, no que tange ao exercício do poder, aponta para um nivelamento entre os concernidos de modo a permitir que o “falar” de cada um tenha o mesmo peso em um discussão cujo fim seja a estruturação social, o que vai para além do simples garantir de um voto igual para todos, mas implica a possibilidade efetiva de participar de diálogos estruturantes de modo a poder falar, ouvir, participar, discutir, enfim, concretizar o exercício da titularidade do poder.

Importante frisar que, no que tange à essa âncora principiológica da igualdade, o ensino de Aristóteles, a despeito de críticas modernas, aponta, desde a antiguidade clássica, seus fundamentos naturais, quais sejam: os homens – todos – são iguais porque nascem de mulher; e os homens – todos – são iguais porque têm a capacidade inata de falar. Nesse sentido, a igualdade ganha uma nova perspectiva de amplitude que vai permear toda atuação societária e estatal, como será melhor analisado abaixo.

Uma outra garantia, que formaria o binômio fundante da participação dos concernidos em um estado democrático, é a liberdade; não adiantaria garantir formalmente a igualdade se, ao mesmo tempo, não se garantisse a possibilidade de falar, de participar de discussões, de se reunir, de dialogar.

Há de se observar que não se está discutindo a liberdade em seus vies de manifestação de pensamento, com toda implicação que deste advém, como

limites, garantias, e consequências; mas, sob a ótica específica de ser a liberdade um esteio ou coluna da democracia, importando que, qualquer forma de cercar essa liberdade implicará ferimento à democracia, por impedir o exercício pelo concernido do poder que lhe é próprio, na construção social de um estado democrático.

A análise até este ponto aponta para o fato que a efetiva construção de uma sociedade democrática implica a efetiva participação do concernido na estruturação societária, o que, com a garantia da igualdade e liberdade, perfaz-se através do diálogo, ou de uma efetiva ação comunicativa, que, levando em consideração a capacidade de membros de uma determinada comunidade de linguagem serem falantes e ouvintes compreensíveis, em um médium da linguagem que permita o entendimento e análise pragmáticos da linguagem (Habermas, 1997, pp. 29-35), possa se buscar uma prática comunicativa (Habermas, 2013, p. 122), que permita o estabelecimento de diálogo capaz de estabelecer um amálgama social legítimo que abarque e suporte essas situações, na busca da construção de sociedade livre, justa e solidárias, que busque o bem de todos, sem preconceitos ou discriminações (Cunha, 2017, p. 53).

O reflexo desse binômio, ou seja, igualdade-liberdade, impõe, ainda, um compromisso de todos, e principalmente daqueles que de alguma forma estão no comando estatal, no que tange à preservação da res publica, como o suporte estatal que permitirá o pleno exercício da participação do concernido na construção democrática, o que é a matriz estruturante da república.

Nesse sentido, qualquer forma de uso dos bens públicos em um viés privado ou particular, com polarização monológica no que tange ao exercício do poder estatal, importa em desnaturação da república, e ferimento crasso da democracia.

Essa situação parece ficar clara ao se impor o princípio da impessoalidade a toda administração pública brasileira (Artigo 37, caput, CRFB), e a proibição de qualquer forma de promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos no que tange à atuação estatal (Artigo 37, § 1º, CRFB).

O impessoalidade, assim, imporá ao administrador público, em toda e qualquer forma em sede de atuação estatal, a prática exclusiva de atos que tenha um fim legal, que fomenta o princípio da finalidade, e implica um objetivo vinculado estritamente ao interesse público, sem o que se estará diante de um desvio de finalidade que macula não só a república, como também a democracia (Meirelles, 2000, pp. 85-86).

Outrossim, não se pode olvidar que uma mácula no exercício do diálogo em sede de construção social em âmbito democrático redundará, ainda, em uma ilegitimidade do ato daí decorrente, principalmente o ato legal, uma vez que, como já posto, o Brasil renasce em 1988 como um estado de direito, ou seja, um estado em que todos, inclusive o próprio estado, submetem-se ao comando legal; e, caso esse comando legal não tenha como fonte um amálgama ideário advindo de um efetivo diálogo social, estar-se-á diante de um

comando ilegítimo que não terá o condão de eliminar ou amenizar as tensões naturalmente advindas de uma sociedade plúrima.

Vê-se, conforme posto, que o exercício do poder exigido pela democracia só se perfaz justo se a fonte de legitimidade se amparar no processo democrático de legitimação, dialogicamente construído, através de ações comunicativas plenas, que se recorre do princípio da soberania do povo (Habermas, 1997, p. 122), apontando para a estruturação estatal via o direito, como exposto no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, poder-se-ia dizer, a partir desta apertada análise, que uma república democrática de direito, perfar-se-ia através da efetiva participação dos concernidos, amparados pelos princípios da igualdade e liberdade, cujo exercício do poder, dialogicamente exercido, com amparo da res publica, sem pessoalismos, ou monólogos polarizadores, geraria um complexo de direito legítimo, que permitiria a diminuição das tensões sociais e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, cujos desafios passaremos a analisar.

3. DIÁLOGO, DEMOCRACIA, E SEUS DESAFIOS

O Brasil, ao se reestruturar a partir da Constituição Federal de 1988, como supra-analisado, renasce como uma república democrática de direito, o que impôs uma série de compromissos umbilicalmente ligados a esses conceitos, como o uso impessoal da res publica, a igualdade e a liberdade enquanto princípios fundantes da devida e necessária participação dos concernidos no exercício do poder, e, com isso, na concretização da democracia, tendo como resultado normas legitimamente advindas do diálogo, que implica a legitimidade do estado de direito.

Há de se observar que toda essa realidade vem sendo construída passo a passo, e a despeito de ter se ultrapassado o trigésimo aniversário da Carta Magna de 1988, ainda se observa vários acontecimentos que apontam para a necessidade de os conceitos até aqui analisados, ou seja, república, democracia e estado de direito, sejam sempre observados como norte, como uma bússola orientadora, que permite se chegar a um lugar seguro, que neste caso seria uma sociedade livre, justa e solidária, como se objetivou o Brasil.

O evento da Alerj – Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, ocorrido no dia 10 de junho de 2019, amplamente divulgado nos meios de comunicação, parece nos fornecer um case para análise, com parametrização feita neste trabalho, observando-se que o recorte tem por fim especificamente analisar os fatos objetivos divulgados, em comparação com os conceitos de república, democracia e estado de direito, sem qualquer viés que vá para além dessa análise.

A divulgação midiática apontou que, no dia 10 de junho de 2019, a Alerj – Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro promoveu uma Audiência Pública para discutir o regime de cotas estudantis no Estado do Rio de Janeiro, evento promovido por várias comissões da referida casa legislativa, incluindo a de Educação e de Direitos Humanos.

A audiência pública foi realizada nas dependências da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, particularmente na capela da referida unidade de ensino, contando o evento com vários parlamentares de partidos de direita e de esquerda.

A divulgação apontou, ainda, que parte dos parlamentares falou, porém, quando outros, de linha ideológica diversa, iriam falar, foram impedidos, chegando-se a agressões verbais e mesmo a vias de fato entre vários presentes, resultando na necessidade de intervenção de força policial para conter o tumulto e retirar, sob escolta protetiva, parte dos parlamentares do recinto.

Reitere-se que a descrição foi baseada na divulgação midiática, não tendo a presente análise o condão de discutir ideologias, mas, de verificar o fato sob o viés dos elementos fundantes dos conceitos de república, democracia e estado de direito.

Nessa perspectiva, vê-se que o evento foi realizado na Universidade do Estado Do Rio de Janeiro, que, em prédio que se inclui patrimonialmente no âmbito do domínio desse unidade de ensino, cujo uso, em regra, voltar-se-ia para atender as perspectivas acadêmicas; porém, no citado evento, através de mecanismos administrativos próprios, foi usado para suportar a referida audiência pública, abrindo-se a todos aqueles que quisessem participar do referido evento, apontando para um uso da coisa pública, no caso as dependências da universidade, que se alinharia com a perspectiva republicana.

Não se pode olvidar, como posto acima, que em uma república todos os bens que suportam o estado, , materiais e imateriais, a despeito de regulações legais específicas, são públicos, não suportando, assim, apropriações, que se amoldem a pessoalização ou uso privado do referido bem, o que parece ter sido observado no presente caso.

A análise factual mostra ainda que se tratava de uma audiência pública, ou seja, um mecanismo cujo fim seria uma discussão pública, ampla e transparente sobre algum fato para fins de subsidiar uma decisão pública, seja para amparar a elaboração de uma lei (Artigo 58, § 2º, II, CRFB), para fundamentar uma decisão judicial (Artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9868/99), ou, ainda, algum ato público específico.

A proposta de fazer uma audiência pública com o fim de discutir um assunto específico, no caso, o regime de cotas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, parece se alinhar com uma perspectiva democrática, que exige uma efetiva participação dos concernidos em diálogos amplos, transparentes, públicos, irrestritos, que permitam um amálgama mediano legítimo, que, fundado na plena comunicação, elimine ou amenize as tensões sociais em torno do tema.

Esse mecanismo de discussão teria por fim, ao que parece, evitar decisões discricionárias, arbitrárias, e não reflexivas (Habermas apud Novellino, 2012, p. 142), apontando para uma solução baseada em ações comunicativas capazes de dar legitimidades às leis, o que se perfaria com participação

simétrica na formação discursiva da opinião e da vontade, através dos processos de comunicação garantidos pelo direito (Habermas, 1997, p. 146), buscando-se um termo médio em que a vontade dos indivíduos pode se concretizar como vontade comum dos membros do direito livremente associados (Habermas, 1997, p. 147).

Há de se observar que um mecanismo como a audiência pública tem o condão de aproximar ao máximo a previsão constitucional do domínio do poder pelo povo, uma vez que permite, como regra, a participação de todos, independentemente de ser catalogado como cidadão – na concepção jurídica, o implica a possibilidade de participação comunicativa de estrangeiros, apátridas, nacionais não cidadãos, e outros concernidos que estejam com seus direitos de cidadania suspensos.

Não se pode olvidar, ainda, que, com as novas tecnologias de comunicação e informação, tem ocorrido uma reconfiguração social no que tange ao exercício do poder no âmbito de um estado. Hoje, através de um suporte tecnológico, em particular da internet, um indivíduo que esteja em qualquer lugar do mundo pode participar de uma discussão e influenciar a construção social em outro lugar distante e separado por fronteiras físicas, ampliando a pluralidade social que, no caso brasileiro, já se mostra “naturalmente” ampla.

Essa realidade aponta para uma prospectiva modificação do conceito de povo, vinculado a cidadão e ao patriotismo, principalmente com o advento da globalização e das novas tecnologias de comunicação e informação, o que criou redes mais amplas e densas (Habermas, 2001, p. 84), tornando porosas as fronteiras nacionais (Habermas, 2001, p. 87), exigindo-se uma adequação da democracia para além do estado nacional (Habermas, 2001, p. 79), o que aponta para um ressignificação do elemento subjetivo do estado.

O evento, assim, parece se alinhar com a perspectiva democrática, no que tange ao exercício do poder pelo povo, através de diálogos e ações comunicativas que busquem a eliminação ou diminuição das tensões sociais através da legitimidade das decisões pluralmente fundamentadas.

No entanto, a exposição midiática afirmou que após parte dos indivíduos, representante de uma matriz ideológica, manifestar-se, houve um grande tumulto, e o impedimento de outros representantes, de matriz ideológica diversa, manifestarem-se; ocorrendo, a partir de então, várias agressões verbais e físicas, exigindo-se, como já posto, a intervenção de força policial, e, ao fim, o cancelamento do evento.

O ocorrido parece ir de encontro aos princípios fundantes de uma república democrática de direito, percebendo-se a imposição de um monólogo polarizador que fere o diálogo e a necessária ação comunicativa que se faz necessária na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse sentido, ao não se permitir que haja o diálogo e a fala ampla e irrestrita de todos os participantes, vislumbra-se uma privatização do locus público, com uma pessoalização do mesmo, em que somente alguns podem utilizá-lo para se manifestar, revelando-se uma prática que vai de encontro a

uma república, uma vez que como já posto, fere ao princípio da impessoalidade, que deve nortear a atuação de todos quanto ao uso dos bens públicos, como já analisado acima, o que, ao que parece, não se observou no ocorrido sob análise.

Outrossim, ao não se permitir que todos falassem, feriu-se o âmago da democracia, que, no seu bojo, funda-se no direito de falar, de ouvir, de participar, de construir através do diálogo e ação comunicativa uma sociedade livre, justa e solidária, impondo-se um monólogo polarizador que priva a fala, a liberdade, e a igualdade, princípios fundantes, como já posto, da democracia.

Não se pode olvidar que, em uma sociedade plúrima, as tensões são naturais, e mesmo necessárias; mas, não podem dar azo a imposições monológicas; ao contrário, as mesmas devem ser analisadas, minimizadas, ou eliminadas, com diálogos sérios, amplos, claros, irrestritos, que permitam que o poder estatal seja exercido de forma efetiva por todo o povo.

Nesse sentido, a experiência de um confronto realmente tenso deveria ser um palco de aprendizagem dentro de um espectro da produção de situações dialógicas, conferindo-se a partes contrárias o respeito comum, comente com o que poderia se autenticar as soluções (Freire, 2014, p.87), o que nos remete à legitimidade das decisões amparadas por processo efetivo de diálogo e comunicação.

A análise do evento traz, ainda, um claro ferir ao estado de direito, uma vez que nesse, todos estão submetidos ao comando estatal, em particular sob o comando da lei, e essa só é legítima quando decorrente de uma ampla discussão social, amparada por diálogo livre, e ação comunicativa plena, sem o que não há legitimidade da ordem jurídica, o que gera reflexo direto na realidade social pela disparidade entre o formal e o material, entre a lei a vida social, o que não só não elimina ou atenua as tensões sociais, como, em movimento reverso, pode aumentá-las, o que parece ter se vivenciado no evento sob análise.

A partir do exposto, reiterando-se que a análise não visaria a apor responsabilidades ou a defender linhas ideológicas, mas, sim, a analisar o evento sob prisma dos elementos fundantes da república, da democracia, e do estado de direito, vê-se, ao que parece, um claro case de ferimento aos princípios dos regimes em que se funda o Brasil, importando na necessidade de se revisitar os basilares fundantes da república, da democracia e do estado de direito para se buscar uma postura dialógica ou comunicativa que gere legitimidade das decisões estatais, e, a partir disso, elimine ou amenize as tensões sociais, avançando-se na construção de uma sociedade livre, justa, e solidária, como prevê, como um de seus objetivos fundamentais, a Carta Magna de 1988.

CONCLUSÃO

O presente trabalho visou a analisar a importância do diálogo na estruturação de um Estado que se põe com uma república democrática de direito, como o caso do Brasil, a partir da Carta Magna de 1988, o que traz, no bojo dos conceitos envolvendo a forma e o regime de estado, uma série de compromissos e objetivos umbilicais.

Nesse sentido, analisou-se os elementos estruturante do conceito de república, destacando, em particular que todos os bens materiais e imateriais que suportam a existência do Estado são *res publica*, devendo sobre esses prevalecer o princípio da impessoalidade, evitando-se qualquer tipo de uso privativo dos mesmos, e, assim, o desvio de finalidade, que, no caso, é sempre o fim público, o bem comum.

Outrossim, foi analisado os elementos fundantes da democracia, enquanto regime de governo, destacando-se que o poder tem como único titular o povo, importando, portanto, a garantia da efetiva participação dos concernidos na estruturação da sociedade, o que se perfaria através de diálogos amplos, transparentes, irrestritos, em que todos, a partir dos princípios da igualdade e liberdade, teriam a participação alçada à condição de imprescindibilidade.

Quanto à democracia, analisou-se, ainda, a ressignificação do conceito de povo, que ganha novos ares a partir das novas tecnologias de comunicação e informação, que teriam ampliado a perspectiva do elemento subjetivo do estado, vislumbrando-se que estrangeiros, apátridas e nacionais que não ostentam o grau jurídico de cidadão, passariam a integrar o povo, inclusive vencendo barreiras fronteiriças que ganham um aspecto eminentemente poroso.

Analisou-se, também, a importância da participação dos concernidos na construção da realidade social em um estado democrático de direito, em que a lei tem o condão de subjugar a todos, uma vez que as tensões naturalmente advindas de uma sociedade plúrima só são eliminadas ou amenizadas com uma estruturação legal legítima, o que somente advém de normas que se baseiem em diálogos e ações comunicativas, em que todos os concernidos possam participar.

Por fim, analisou-se o evento da audiência pública promovida pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, nas dependências da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, sob a ótica do elementos fundantes de uma república democrática de direito, com o fim de, na prática, perceber a importância do diálogo enquanto meio para se estruturar uma sociedade democrática.

O estudo, assim, em sede conclusão, aponta para a importância de se visitar ou revisitar os conceitos fundantes de república, de democracia, e de

estado de direito, destacando-se a importância do diálogo ou de ações comunicativas para fins da construção de um sociedade livre, justa, e solidária, buscando-se com isso se evitar monólogos polarizadores que desnaturam a forma e o regime de governo analisados.

REFEFÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10 ed. rev. atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. *Constituição da república federativa do brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. *Lei n. 9868/99*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em 16 set 2019.

CUNHA, Cleber da Cruz Cunha. *Os desafios da manifestação de pensamento no estado democrático de direito: uma abordagem discursiva*. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa) – Programa de Pós-graduação em Justiça Administrativa, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2017.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 49 ed. Rio de Janeiro: Paz eTerra, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *A Constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: LitteraMundi, 2001.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I*. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

SANTIAGO, A. M.; DEULEFEU, L. C.; MARIELLA, R. *História na Educação* 2. v. 1. Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2014.

Eixo temático 02



**DIREITO,
MARKETING
E GESTÃO DO CONSUMO**

CORPO, MERCADO DE CONSUMO E AUTONOMIA DA VONTADE:

Um olhar acerca dos novos paradigmas éticos da sociedade contemporânea

Fernanda Franklin Seixas Arakaki

*Pós doutoranda em Justiça Administrativa - PPGJA pela UFF.
fernandafranklinseixas@gmail.com*

Giovana Lomeu Terra Costa

*Graduanda em Direito pelo UNIFACIG.
giovanalomeu@hotmail.com*

Sarah Lopes Guerra

*Graduanda em Direito pelo UNIFACIG.
sarahguerra.slg@hotmail.com*

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar relações de consumo e mercado envolvendo o próprio corpo, baseando-se no caso da jovem brasileira que comercializou sua virgindade em um leilão virtual, no intuito de propor reflexões ético-jurídicas, apreciando a possibilidade de tal negócio jurídico, a liberdade individual e os interesses coletivos. Salienta-se o conflito de princípios perante a sociedade. Por um lado tem-se o princípio da autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, os valores morais da sociedade e os “bons costumes”. Esclarece-se pontos sobre a relativização do direito de dispor do próprio corpo, analisando os direitos da personalidade. Ademais, discute-se a respeito da verdadeira moral e ética, baseando-se na ética kantiana, bem como, o conceito de liberdade em Kant. Assim, concluiu-se que neste caso o princípio da autonomia da vontade se sobrepôs a moralidade e bons costumes, haja vista que a liberdade individual não feriu os interesses coletivos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direito obrigacional; Ética; Moral; Relação de consumo.

INTRODUÇÃO

No ano de 2012, a jovem brasileira Ingrid Migliorini, natural de Itapema, Santa Catarina, decidiu leiloar sua virgindade via internet. O leilão foi

realizado por um produtor chamado Justin Sisely, promovido pelo site australiano “Virgins Wanted”, onde houve também o leilão da virgindade de um rapaz russo. No dia 24 de outubro de 2012 o leilão foi encerrado, sendo o vencedor um japonês de 53 anos.

Apesar do contrato não ter sido efetivado, trouxe diversas discussões no âmbito das relações obrigacionais e contratuais, bem como questões éticas da sociedade, pois para vários setores da sociedade a virgindade está diretamente atrelada a moralidade da mulher.

Justifica-se, portanto, o presente estudo pela relevância social e acadêmica da reflexão sobre as teorias éticas, filosóficas e jurídicas, principalmente em relação ao paradoxo existente entre a autonomia da vontade e o senso de moralidade coletiva que envolvem o tema.

Para tanto, o estudo apropriar-se-á de uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, aplicando-se o método fenomenológico-hermenêutico, sendo esse essencial na compreensão dos fenômenos sociais e dos parâmetros éticos envolvidos sopesando-se a luz do ordenamento jurídico brasileiro.

O CORPO COMO OBJETO DO DIREITO

Ao longo da história, verifica-se que já em sociedades antigas, o corpo humano era utilizado para ciência, assim como, o ser humano em si e as relações humanas eram recorrentemente objeto de estudo de diversos filósofos.

Contudo, com o advento da Idade Média, pode-se dizer que o estudo do corpo foi, de certa forma, censurado, uma vez que as práticas científicas eram, muitas vezes, consideradas bruxarias e heresias pela Igreja Católica.

Apenas no contexto do Renascimento, no final da Idade Média, é que o homem em sua totalidade - corpo e mente - voltou a ser um objeto de discussão e estudo. O “Homem Vitruviano” de da Vinci, símbolo do movimento renascentista, ilustra a importância e a ânsia de se conhecer o ser humano sem que haja mitos ou fantasias sobre este.

Logo, ao longo dos séculos, o ser humano foi ganhando cada vez mais autonomia sobre o seu corpo. É apenas necessária a vontade do indivíduo para que este escolha como se vestir, quantos piercings e onde escolhe usar, suas tatuagens, caracterizando a imagem e a personalidade de cada um. Utiliza-se, ainda, o corpo como trabalho em trabalhos de modelo, dançarinos, *bodybuilders*, entre outros.

Assim, com o avanço das ciências, incluindo-se nestas, o direito, visualiza-se no momento presente o corpo como objeto do direito. Contudo, nessa

seara, encontra-se discussões cada vez mais crescentes a respeito do direito ao próprio corpo e, ainda, conforme disciplina o Código Civil de 2002, o direito de dispor do próprio corpo.

A disponibilidade relativa dos direitos da personalidade trata-se do poder que a pessoa possui de administrar os seus interesses particulares sem a intervenção do Estado ou de terceiros. Sendo que a ordem pública um fator limitante quanto à disponibilidade de alguns bens que possam ser prejudicados, afetando a ordem pública e a organização social (LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, 2008).

Contudo, é de se reconhecer que a utilização do corpo e a possibilidade de tal direito já é visível na prática. Assim como a prostituição é legal em alguns Estados, como na Hungria, mulheres dispõem do próprio corpo no momento em que se oferecem como barriga de aluguel. Vale lembrar ainda das cirurgias de redesignação de gênero, cada vez mais comuns.

RELAÇÃO DE CONSUMO E A VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Conforme dispõe o art. 2º do CDC, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Por outro lado, o fornecedor (art. 3º, CDC) é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O art. 3º, § 2º do mesmo diploma legal, por sua vez, leciona que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Caracteriza-se, portanto, de forma inicial, a relação de consumo em contratos envolvendo a comercialização do próprio corpo.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 359), entendem o negócio jurídico como sendo ‘a manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos’, ‘o ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico’, ou ‘uma declaração de vontade, pela qual o agente pretende atingir determinados efeitos jurídicos admitidos por lei’.

A doutrina civilista define as espécies de planos do negócio jurídico em três planos: existência, validade e eficácia.

Conforme dispõe Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2011, p. 342), em análise ao plano da existência, é evidente que “um negócio jurídi-

co não surge do nada, exigindo-se, para que seja considerado como tal, o atendimento a certos requisitos mínimos”.

O negócio jurídico é considerado inexistente, quando celebrado sem um dos componentes do plano de existência do negócio jurídico, sendo eles: (a) manifestação de vontade; (b) agente emissor da vontade; (c) objeto; e (d) forma (STOLZE; PAMPLONA, 2011, p. 360).

Em contrapartida, “o fato de um negócio jurídico ser considerado existente não quer dizer que ele seja considerado perfeito, ou seja, com aptidão legal para produzir efeitos” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2011, p. 342); sendo, nesse caso, o plano da validade do negócio jurídico.

Segundo o art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico requer agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

Por fim, “ainda que um negócio jurídico existente seja considerado válido, ou seja, perfeito para o sistema que o concebeu, isto não importa em produção imediata de efeitos, pois estes podem estar limitados por elementos acidentais da declaração” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2011, p. 342). É o terceiro plano que presume os termos e condições da eficácia do negócio.

De acordo com a doutrina, dependendo da gravidade do vício, a inexistência de um dos requisitos, irá gerar a nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico.

A primeira está relacionada com os interesses de ordem pública podendo ser declarada de ofício. Sendo que os vícios, nesse caso, não são suscetíveis de de confirmação, bem como não convalesce com o passar do tempo, é imprescritível.

Já a segunda, ocorre quando a celebração do negócio é realizada com agente incapaz ou quando o vício resultante de dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores, não podendo ser decretados de ofício, tendo em vista que são decorrentes de interesses privados.

Portanto, por se tratar de direito privado, bem com por estar enquadrado no plano de existência do negócio jurídico e apresentar os três requisitos para sua validade, o contrato, embora não tenha sido efetivado, caracteriza relação de consumo e não integra as condições para gerar sua anulabilidade.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

Diversas vezes, é afirmado que a conduta de realizar um contrato utilizando o próprio corpo, além de ser considerada imoral, está em discordância com a legislação vigente, haja vista que afronta os direitos da personalidade.

Sobre estes, Maria Helena Diniz os entende como direitos da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra, etc. É o direito subjetivo, convém repetir, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial. (DINIZ, 2008, p. 120).

Dentre os vários direitos elencados como “direitos da personalidade”, entende-se como violado o direito de disposição do próprio corpo, elencado no art. 13 do Código Civil:

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

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. (BRASIL, online)

Contudo, não é possível mais afirmar que a exceção prevista no diploma legal é a única exceção válida, uma vez que, o princípio da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) têm se sobreposto à proibição de dispor do próprio corpo, possibilitando que transexuais também consigam, de acordo com a jurisprudência, dispor do próprio corpo para realizarem a cirurgia de troca de sexo.

O ordenamento jurídico brasileiro, direcionado à defesa dos direitos da personalidade, encontra-se orientado pelos fundamentos constitucionais, que tem o respeito à dignidade humana como primeiro plano entre os seus fundamentos. A intimidade, vida privada, honra e imagem têm maior relevância, sendo que, é “assegurado à indenização pelo dano material ou moral decorrente de uma violação” (FERREIRA, 2015).

Nesse sentido, a jurisprudência do Rio Grande do Sul tem decidido em favor das cirurgias e a troca dos prenomes aos transexuais, sob os argumentos dos princípios da bioética - de beneficência, autonomia e justiça.

A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, a falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social, que exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele

conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido (BRASIL, *online*).

Assim, é possível inferir que, o direito de dispor do próprio corpo já não é mais tão absoluto e que a exceção deste não é só por exigência médica. Lotufo (2008) e Nanni (2008) afirmam que os direitos de personalidade possuem características específicas que visam à proteção dos atributos do ser humano e da sua dignidade. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade. O exercício de alguns direito de personalidade, pode, sim, sofrer limitação voluntária, mas essa limitação é também relativa (NANNI, 2008).

Questiona-se, portanto, porque não seria possível dispor do próprio corpo, se esta em casos como o referenciado acima, acerca da venda da virgindade, não contraria a ordem pública e gera efeitos apenas para si mesma e para aquele que contratar com ela?

LIBERDADE, AUTONOMIA E MORALIDADE

A autonomia da vontade, princípio de ordem contratual, é conceituada por Maria Helena Diniz como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.

Encontra-se disposto no Código Civil dispositivo permitindo às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas no próprio Código. Sendo assim, em consonância com a relativização acerca da disposição do próprio corpo, somada ao dispositivo retromencionado, não há de se falar em ilicitude dos contratos como o da jovem catarinense.

Conforme leciona Nucci (2015):

“a prostituição deve ser reconhecida como um negócio como outro qualquer [...] O comércio sexual entre adultos envolve agentes capazes. Como já se deixou claro, reconhecida a atividade no rol das profissões do Ministério do Trabalho, o objeto é perfeitamente lícito, pois é um contrato sexual, mediante remuneração, entre agentes capazes. Seria o equivalente a um contrato de massagem, mediante remuneração, embora sem sexo. Não há forma prescrita em lei para tal negócio, que pode ser verbal.” (NUCCI, 2015, p. 190)

É possível fazer analogia do caso da catarinense com situações de prostituição, para cuja modalidade o direito é indiferente. Apesar de condenada pelo juízo de muitos, a aludida atividade marginalizada não configura crime e não é vedada pelo direito civil.

Ainda sobre o tema, elucida André Estefam (2015):

De acordo com o Código Civil (art. 104 e 166, a contrato sensu), é válido o negócio jurídico que envolver agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. A prostituição, quando, realizada entre maiores e capazes, tem por objeto uma prestação lícita, possível e determinada, inexistindo, conforme é cediço, expressa proibição legal. Nota-se, ademais, que o texto assegura a liberdade de contratar, devendo ser exercida em razão e nos limites da “função social do contrato” (art. 421). Pode-se tê-la [a prostituição], nesta ordem de ideias, como um contrato de prestação de serviços, regido pelos arts. 593 e 594 do Código Civil, proclamando o último que toda “a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição. (ESTEFAM, 2015, p. 170).

É visível que a estipulação de tais contratos não fere direitos de terceiros, logo, as consequências jurídicas advindas concentram-se tão somente ao âmbito de incidência jurídica da pessoa optante. O caso de Migliorini se refere a uma troca voluntária, que não prejudica nenhuma outra pessoa e que faz parte da esfera privada da vida da jovem, na qual ninguém tem o direito de interferir.

ÉTICA, MORAL E DIREITO

De acordo com Kant (2004), importante filósofo da ética e da liberdade, o homem encontra-se subordinado às leis da natureza, de onde advém o determinismo e, concomitantemente, as leis da liberdade que originam a moral.

Baseia-se esse argumento no fato de o homem possuir condições de autolegislar-se, uma vez que é dotado de razão.

É justamente no âmbito da razão que podemos perceber que a liberdade prática ou a independência da vontade pode ser vista quando a razão nos propicia regramentos. E aí vem à tona o que devemos ou não fazer. Essa experiência interior remonta à ideia de liberdade independente da vontade de motivos empíricos, como causa da razão capaz de determinar a vontade de agir ou não através de impulsos, sensíveis, isto é, eivados de interesses. (SIQUEIRA, 2011)

A capacidade de pensar faz com que o homem se torne diferente das criaturas animais, já que o faz livre. Este raciocínio pode ser ligado ao “Penso, logo existo” de René Descartes.

Agir de forma racional, muito se aproxima da ideia de liberdade, pois, para pensar deve-se estar indiferente a quaisquer influências externas. Agir a fim de satisfazer um desejo não é ser livre, é simplesmente obedecer a um comando, ou que fora precedido no indivíduo por alguma influência externa.

Para Kant (2004), agir com liberdade é agir com autonomia, ou seja, agir em conformidade com a lei que o indivíduo impõe a si e não em razão de anseios sociais ou naturais. (SANDEL, 2012, p. 139.)

Dessa maneira, agir livremente não é simplesmente escolher qual seria a melhor forma para se atingir determinado fim, e sim escolher o próprio fim em si.

Na ótica da ética kantiana, para se analisar se o ato em si possui ou não carga moral, não deve ser analisada unicamente sua finalidade, mas sim o que o motivou.

Outro ponto que merece destaque para o caso trazido à baila, é o imperativo categórico kantiano:

Todos os seres racionais estão, pois, submetidos a essa lei que ordena que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si (KANT, 2004, p.60).

Nesse sentido, pode-se afirmar que Kant sustenta a possibilidade da utilização do homem como meio desde que seja buscado de forma simultânea como fim em si mesmo.

Não obstante, deve-se salientar que a discussão em tela é concernente a comportamentos sexuais e tais comportamentos são sempre acompanhados de questões éticas, morais e libertárias.

Em outras palavras, analisando sob a perspectiva kantiana (ético e moral) o tema em análise, segundo o imperativo categórico citado, trata simultaneamente da relação contratual entre contratante e a contratada como meio e fim. Ilustra-se tal situação com a satisfação de ambas as pretensões que, como já discorrido acima, não se configura como ofensa material ao ordenamento jurídico.

Vale ressaltar que a preservação da virgindade e a “santificação” do corpo é consequência de valores morais originados, muitas vezes, em contextos religiosos. Na religião cristã, por exemplo, é trazido no texto dos Dez Mandamentos, o dever do indivíduo guardar a castidade. Ademais, em outras sociedades não-cristãs, verifica-se, ainda, a valorização da virgindade como algo precioso, seguindo-se tradições, religião e demais preceitos culturais.

Richard Posner (1999), jurista norte-americano, especialista em Análise Econômica do Direito, busca usar a economia para explicar as leis e as instituições jurídicas existentes e prever os impactos que mudanças nessas estruturas podem trazer. Posner afirma, como exemplo, que a principal razão para a valorização da virgindade até o casamento é, possivelmente, a extrema dificuldade, antes dos testes de paternidade, de provar quem era o verdadeiro pai de uma criança.

No século 20, por outro lado, se tornou muito mais fácil estabelecer a paternidade. Além disso, métodos contraceptivos ajudaram a evitar que o sexo antes do casamento pudesse acabar em gravidez. E, mesmo quando isso acontece, as mães solteiras não são mais tão mal vistas em nossa sociedade. Como resultado, os custos de ter sexo antes do casamento caíram muito, derrubando com eles o mito da virgindade. Se alguns homens ainda valorizam isso, e estão dispostos a pagar milhões, não haveria impedimentos morais, na visão de Posner e companhia. (ROSA, 2012)

Ainda dissertando sobre a ideia de justiça pela liberdade, é possível citar, também, a filosofia libertária, em que é defendida a ideia de um estado mínimo, que só tenha influência nas decisões individuais quanto for indispensável, mas que mantenha a paz proteja a propriedade privada e a obrigatoriedade de contratos, por exemplo.

Nesse diapasão, estes pensadores defendem que serviço militar não compulsório e a barriga de aluguel não devem ser obrigatórios, pois deve ser escolha de cada indivíduo decidir se pretende ou não se alistar nas forças armadas ou de cada mulher decidir se deseja ou não engravidar para gerar um filho para outras famílias. Por analogia, deve ser poder de cada um decidir se quer dispor ou não da utilização de sua sexualidade, haja vista que esta, assim como os casos citados anteriormente, só diz respeito ao próprio indivíduo como autônomo em suas escolhas.

John Rawls (1971), também um pensador libertário, defende que para decidirmos se algo é justo devemos nos despir de nossos conceitos, preferências, parcialidades e imaginarmos que estamos sujeitos a um “véu da ignorância”, que faria com que não nos lembrássemos a qual categoria social pertencemos e sob essas condições, onde não saberíamos nossas vantagens e desvantagens é que poderíamos escolher nossos princípios de maneira justa, através de um contrato hipotético (SOUZA, 2015).

CONCLUSÃO

Kant (2004) afirmava que para se analisar se o ato em si possui ou não carga moral, não deve ser analisada unicamente sua finalidade, mas sim o que o motivou. No caso da catarinense, em sua ação, buscava, em seu ato, contribuir com a sociedade – por meio da doação de parte do dinheiro –, bem como transformar uma situação verdadeiramente constrangedora à grande parcela das jovens, em algo menos incômodo.

Além disso, nos casos de prostituição, como já discutido acima, é importante sempre colocar em questão se as consequências de tal ato trariam algum prejuízo para sociedade ou se é apenas uma relação contratual particular, onde a autonomia da vontade e a liberdade de contratar deveriam ser os

únicos requisitos, excluindo-se costumes e valores morais que em nada contribuem verdadeiramente para a sociedade.

Dessa forma, não se deve analisar tal caso por meio de dogmas, crenças e “moralismos” trazidos em nossa bagagem social (muitas vezes abarrotada de preconceitos infundados), mas sim pela verdadeira ética e moral kantiana.

Ademais, adentrando também na obra de Aristóteles, para que a análise seja realizada com clareza e despida de qualquer preconceito, deve-se buscar a virtude. Pois, segundo o filósofo grego, a maior de todas as virtudes é a justiça e é a partir de tal ponto de vista que o operador do Direito deve se pautar.

Vale ressaltar, ainda, que grande parte do “alvoroço” e da especulação acerca da impossibilidade de se contratar utilizando o próprio corpo ocorre, pois, a virgindade e o corpo feminino é valor cultivado há vários séculos como “algo precioso para a mulher”. Ou seja, a mulher virtuosa, digna, é a mulher que mantém seu corpo resguardado até o momento do casamento. Contudo, utilizar-se de tais afirmações apenas reforçam crenças infundadas, sexismos e preconceitos, pois, foi trazido no presente trabalho, por meio dos estudos de Richard Posner, que o mito da virgindade era apenas uma forma de controle de paternidade, de contratos entre famílias, entre outras considerações religiosas.

Logo, Ingrid, a catarinense de 20 anos que realizou um contrato em que venderia sua virgindade por meio de um leilão, estipulou um contrato atípico, mas lícito. Dispôs do próprio corpo, não por exigência médica, mas guiada pelo princípio da autonomia da vontade e no princípio da dignidade da pessoa humana, vez que tais princípios, de acordo com o exposto, podem se sobrepôr ao disposto no art. 13 do Código Civil, colocando o indivíduo e seu bem estar como o principal bem a ser resguardado pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973, v.4.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, trad., 1979.

BITTAR, Carlos C.B. *Curso de ética Jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2004.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.* [S. l.], 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 29 set. 2019, 10:00.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.* Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 30 set. 2019, 10:10.

BRASIL. STJ. *Recurso Especial nº 1.008.398 - SP, Rel: Min. Nancy Andrighi, j. 15/10/2009.* Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5-stj/relatorio-e-voto-11878383>. Acesso em 30 set. 2019, 11:00.

DUARTE, Darlon Costa. *A viabilidade do reconhecimento de efeitos trabalhistas na relação entre os profissionais do sexo com as casas de prostituição.* Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45905/avibilidade-do-reconhecimento-de-efeitos-trabalhistas-na-relacao-entre-os-profissionais-do-sexo-com-as-casas-de-prostituicao>. Acesso em 29 set. 2019, 10:15.

ESTEFAM, André. *Dignidade sexual como fruto da dignidade da pessoa humana: homossexualidade, prostituição e estupro.* Tese de Doutorado em Direito. PUC. São Paulo, 2015, p. 170.

FERREIRA, Ágata Christ Nunes. *O Direito Civil brasileiro e sua tutela frente à cirurgia de transmutação sexual do transexual.* Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-civil-brasileiro-e-sua-tutela-frente-a-cirurgia-de-transmutacao-sexual-do-transexual,54422.html>. Acesso em 14 set. 2019, 10:20.

FOLHA VITÓRIA. Brasileira que leiloou a virgindade revela que continua virgem. Disponível em: <http://www.folhavoria.com.br/entretenimento/noticia/2015/09/brasileira-que-leiloou-a-virgindade-revela-que-continua-virgem.html>. Acesso em 13 set. 2019, 10:25.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Dos direitos da personalidade.* Teoria geral do direito civil. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo.* Pensar, Fortaleza, 2014, v. 19, n. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 190.

POSNER, Richard A. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

ROSA, Guilherme. *A venda da virgindade e o livre mercado do pensamento*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/ciencia/a-venda-da-virgindade-e-o-livre-mercado-do-pensamento/#>. Acesso em 12 set. 2019, 10:40.

SANDEL, Michael. *Justiça - O que é fazer a coisa certa?*. 21ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SIQUEIRA, Geovane Mariano. *A liberdade em Kant*. Disponível em: <https://www.webartigos.com/storage/app/uploads/public/588/508/3c6/5885083c68d89787800245.pdf>. Acesso em 29 set. 2019, 10:45.

SOUZA, André Ferreira. *Resenha do livro: Justiça: o que é fazer a coisa certa, de Michael Sandel*. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/resenha-do-livro-justica-o-que-e-fazer-a-coisa-certa-de-michael-sandel/67676>. Acesso em 12 set. 2019, 10

Eixo temático 03



**GESTÃO
INSTITUCIONAL
E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

A CONCILIAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

Bia Baylão Rodrigues

*Universidade Federal Fluminense, Graduanda em Direito, Niterói, Brasil,
biabaylao@id.uff.br*

Lívia Maria da Costa Silva

*Universidade Federal Fluminense, Professora Adjunta do Departamento de Engenharia Agrícola e Meio Ambiente, Niterói, Brasil,
liviamaria@id.uff.br*

RESUMO

A garantia de um meio ambiente equilibrado não é apenas uma determinação constitucional, ela é de suma importância para a manutenção dos seres humanos. Todavia para que seja possível que tenhamos a natureza preservada é necessária a observação da adequação das regras e normas ao padrão constitucional e legal, assegurando que independentemente padrões políticos os direitos e garantias constitucionais sejam observadas. Desse modo, foi realizada uma análise sobre o instituto da conciliação administrativa que foi regulamentada a partir do Decreto de Federal 9760/19, que realiza alterações ao Decreto 6.514/08, que por sua vez dispõe sobre o procedimento administrativo ambiental. Sendo o objetivo do trabalho para averiguar a possibilidade de aplicação do instituto e conseqüentemente possíveis avanços e retrocessos à tutela do direito ambiental. Para tanto, é observado o método de autocomposição escolhido, a nomenclatura utilizada pelo legislativo e executivo sobre o tema, bem como a constitucionalidade da norma. Sendo possível a verificação de inconstitucionalidades pontuais e o uso de terminologia errada do ponto de vista doutrinário e uma possibilidade de agilidade e adequação das atitudes da população e poluentes para uma tutela mais efetiva e ágil, possibilitando uma melhor defesa do meio ambiente.

Palavras-chave: Autocomposição. Infração ambiental. Responsabilidade ambiental administrativa.

INTRODUÇÃO

A partir de um entendimento global é possível observar uma necessidade de proteção do meio ambiente. Uma vez que é um ecossistema equilibrado que vai permitir a conservação dos humanos no planeta. Todavia de nada adianta a pretensão ideológica de conservação do planeta sem uma in-

fraestrutura legal e capaz de proteger e conservar a fauna e flora dos ambientes próprios do país.

Dessa forma o trabalho tem como objetivo a análise do Decreto Federal nº 9.760, de 11 de abril de 2019, que é responsável pela alteração do Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. O decreto estudado estabelece a realização de uma audiência de conciliação ambiental logo após a lavratura do auto de infração, sendo inclusive anterior à defesa por parte do infrator.

Nesse momento só é possível o estudo da norma por meio da sua redação e análise de outros preceitos fundamentais e características de outros meios de autocomposição do ordenamento jurídico brasileiro. Devido a *vacatio legis* do decreto que foi estabelecida por 180 dias, sendo impossível fazer uma análise fática da atuação dos Núcleos de Conciliação Ambiental.

Desse modo, foi realizada uma análise a partir dos conceitos da nomenclatura escolhida pelo decreto e a possibilidade de conciliação, transação ou mediação no caso de tutela de direito difuso. Finalmente, perpassado pela análise da constitucionalidade da norma, em seus diversos artigos regulamentares.

Ademais, é possível observar a possibilidade jurídica de autocomposição dos direitos ambientais desde que ressalvados os direitos difusos tutelados. Isto posto, há a permissividade no ordenamento para a discricionariedade para a transação quanto ao tempo de realização da recuperação do dano ou o valor indenizatório, na impossibilidade de recomposição integral do meio ambiente.

Além disso, é constatada irregularidades do decreto no plano legal e constitucional, indo além do permitido. Dessa forma, esse decreto extrapola os poderes de regulação que possui, uma vez que precisam estar de acordo com a lei e com a carta magna.

Todavia é possível uma aplicação conforme a constituição e livre de anomalias legais que permitiria que a Audiência de conciliação permitiria uma tutela eficiente da tutela ambiental. Uma vez que seria mais rápida que a conquistada pela via judicial.

1. CONCILIAÇÃO

A partir da criação da política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, no qual houve um estímulo na resolução consensual dos conflitos, com a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, daria à população uma grande capacidade de resolução de conflito. Lastreado em um propósito de transformar o país com a modificação da cultura da sentença pela da paz (DIDIER JR, 2017, p. 305).

Essa perspectiva de solução despretenciosa é revalidada com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), com a permissão de homologação de acordos judiciais ou extrajudiciais, ou com a demarcação da possibilidade de uma audiência conciliatória anterior inclusive à defesa do réu. Ademais, é imperioso comentar a promulgação da Lei nº 13.140/2015, que disciplina o instituto da mediação entre particulares e possibilita a autocomposição tendo como um dos pólos a Administração Pública.

A conciliação é definida como a forma de solução de conflito em que um terceiro intermedia o processo negocial, sendo essa característica que a assemelha com a mediação, em que o conciliador realiza um papel ativo na discussão, sendo possível a sugestão de acordos. (DIDIER JR, 2017, p. 308).

2. CONCILIAÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL

No que tange à consensualidade em esfera da Administração Pública, com a Lei nº 13.655/2018, foi incluído o art. 26 ao Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Conforme Guerra e Palma (2018), de modo claro e contundente, pelo texto legal, a autoridade administrativa está autorizada a celebrar compromisso, não se fazendo necessária a edição de qualquer outra norma.

No subsistema de Direito Ambiental, desde o início da década de 1980, por intermédio da Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, os órgãos ambientais podem se valer de medidas compensatórias em substituição aos clássicos tipos de sanções administrativas (GUERRA e PALMA, 2018).

No entanto, vale mencionar que há uma discussão sobre a possibilidade de conciliação no Direito Ambiental, pois, em um primeiro momento, tem-se a questão da indisponibilidade do referido direito, uma vez que é considerado cláusula pétrea dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com fulcro no art. 225 da Constituição Federal. O meio ambiente é um bem de uso comum do povo e a todos é assegurado um meio equilibrado.

No entanto, conforme a Resolução CONAMA nº 237/1997, o Poder Público pode conceder licença ambiental às atividades potencial e efetivamente poluidoras. Portanto, percebe-se uma concessão à proteção do meio ambiente, na tentativa de fazer uma economia próspera, sem descuidar do uso sustentável do meio ambiente.

Partindo desse entendimento, há, ainda, a compreensão que um dos mais aptos mecanismos de resolução de conflitos ambientais se dá pela transação com base no art. 840 do Código Civil (ANTUNES, 2019, p. 308). Ainda que a lei civil apenas a permita quando se tratar de natureza patrimonial e caráter privado para a prática do método. Considerando ainda que o Superior

Tribunal de Justiça (STJ) o permite de forma excepcional em caso de defesa de direitos difusos ressaltando o resguardo do meio ambiente e garantindo uma celeridade na efetividade da demanda, conforme a decisão:

Tenho que, preservados os direitos e interesses difusos na sua integridade, é possível as partes transacionarem. A demanda teve início em 06.07.1993. Considerando o pedido e a causa de pedir - reparação do dano em decorrência da degradação do meio ambiente - , o excessivo formalismo poderia causar maior prejuízo. (Recurso Especial nº 299.400, STJ, 2ª Turma, Relator Ministro Peçanha Martins, Relatora designada Ministra Eliana Calmon, DJU 02/08/2006)

Tendo como entendimento que a decisão foi apenas em 2006 e a demanda foi ajuizada em 1993, passaram-se 13 anos em que não houve a conservação ou realização de reparação do dano causado pelo poluente. Fato gerador de um grande decurso de tempo em que reparação que o meio ambiente não é eficiente, com o reconhecimento do réu do dano causado do dano que gerou e por disputas procedimentais dentro do sistema judiciário.

Sendo de suma importância ressaltar que a busca pelo consenso nesses casos dever possuir sempre os parâmetros legais, para o melhor resguardo do direito indisponível. Dessa forma, é possível a concessões no plano de planejamento de resguardo do direito coletivo, por exemplo no tempo de espera para a reflorestamento de uma área (LENSA, 2003. p. 73).

Isso demonstra que parte da doutrina e até do judiciário entendia pela possibilidade de alguma forma de autocomposição nas Ações Cíveis Públicas e, conseqüentemente, na tutela do Direito Ambiental ainda na vigência do código processual civil brasileiro.

A ideia da possibilidade de transação é mais marcante com o compromisso de ajustamento de conduta. Instituído pela Lei nº 7.347/1985, permite que aos legitimados de iniciar uma ação civil pública, a possibilidade de transação.

Nessa leitura, o Hugo Manilli (2015. p. 295) considera que ao transacionar para chegar ao acordo do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), não significa que o agente estaria renunciando direitos, mas estaria observando os requisitos legais para adaptação da conduta de uma pessoa. Dessa forma também foi o entendimento do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Teori Zavascki (2017, p. 147-148):

A impossibilidade de celebrar transação não impede, entretanto, que o Ministério Público, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ajuste com o réu o modo de dar atendimento à prestação exigida, inclusive para o efeito de admitir a substituição da execução específica por outras providências que levem a resultado equivalente. Aqui não haveria nem concessão nem transigência alguma em relação ao direito em si mesmo, vale dizer, não haveria

transação. Ademais, a lei, hoje, faculta ao juiz determinar, no lugar da prestação específica, providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (PC, art. 497; Lei 8.078/1990, art. 84). Ora, se a tanto pode chegar a sentença, não há como deixar de reconhecer às partes a faculdade de, elas próprias, levarem ao juiz proposta consensual a ser homologada, com o conteúdo e nos limites em que pode se dar o provimento sentencial.

Dessa forma, Zavascki esclarece a possibilidade a mesma discricionariedade às partes na mesma proporção que o juízo teria para aplicar em suas decisões sobre o direito difuso, sendo limitado pelo o parâmetro legal, que se aplica também ao Direito Ambiental.

Ainda que existam distinções entre os institutos transação, mediação e TAC, as suas aplicações dentro dos direitos difusos são permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro com ressalvas para a impossibilidade de renúncia apenas ao direito indisponível, que no caso do meio ambiente é que o mesmo deva ser equilibrado. Porém, a faculdade do indivíduo de realizar alguma forma de autocomposição para garantir a efetivação e defesa do direito ambiental.

A partir desses entendimentos, por fim, o próprio legislador deu a possibilidade de mediação sobre os direitos indisponíveis ainda que faça a ressalva no art. 3º da Lei nº 13.140/2015: “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. O parágrafo segundo do aludido artigo determina que no caso de direito indisponível homologado pelo juízo é necessário a oitiva do Ministério Público.

3. RESPONSABILIDADE AMBIENTAL ADMINISTRATIVA E A MULTA SIMPLES

Nas acertadas palavras de Milaré (2011, p. 23), a devastação ambiental é:

um fenômeno que acompanha o homem desde os primórdios de sua história. Apenas a percepção jurídica desse fenômeno - até como consequência de um bem jurídico novo denominado ‘meio ambiente’ - é que é recente.

No ordenamento jurídico ambiental brasileiro, a responsabilização do infrator, pessoa física ou jurídica, é tríplice: civil, penal e administrativa. Como foco do presente trabalho, a responsabilidade administrativa ambiental decorre da infração às normas de direito administrativo e ambiental, o que sujeita ao agente infrator uma sanção específica. Portanto, a essência da infração ambiental administrativa não é o dano em si, mas o comportamento

em desobediência a uma norma jurídica de tutela do ambiente (MILARÉ, 2016, p. 131).

Nessa conjuntura, é oportuno trazer a definição de infração administrativa contida no *caput* do art. 70 da Lei nº 9.605/98: “(...) toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. Conceituação consolidada, posteriormente, pelos dispositivos do Decreto nº 6.514/2008, que revogou o Decreto nº 3.179/1965.

A despeito da imposição da sanção, segundo Lazzarini (1997, p. 171):

a *sanção administrativa ambiental* tem duplo objetivo, ou seja, ela tem por fim a *correção* do infrator, no que representa um verdadeiro castigo para que melhore a sua conduta de respeito às normas legais ambiental, como também um fim de *prevenção*, no sentido de servir de verdadeiro alerta a todos os outros, e ao próprio infrator, das conseqüências da infração ambiental.

Ao contrário das sanções civis e penais, que somente o Poder Judiciário pode aplicar, as penalidades administrativas são importas aos agentes infratores pelo Poder Executivo, por meio dos órgãos da Administração Direta e Indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O art. 71 da Lei nº 9.605/1998 determina que a aplicação de sanção administrativa pelo órgão competente ao agente causador do dano ambiental será apurada em processo administrativo. Portanto, é por meio de processo, assegurando o direito de ampla defesa e o contraditório, que um auto de infração é válido e eficaz, resultando na cominação de uma sanção.

Para a aplicação da referida sanção é necessário procedimento administrativo que se desenvolve em diversas fases: i) a instauração do procedimento pelo auto de infração; ii) a defesa técnica; iii) a colheita de provas, se for o caso; iv) a decisão administrativa; e v) eventualmente, o recurso. O procedimento deve respeitar os princípios constitucionais do direito à ampla defesa e ao contraditório¹.

A multa simples é uma das sanções aplicáveis as infrações administrativas dispostas no art. 72 da Lei nº 9.605/1998. Segundo o § 3º do referido artigo, tem-se:

§ 3º A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo:

I - advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha;

¹ A Administração Pública deve zelar também pelos princípios da legalidade impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

II - opuser embaraço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

Como verifica-se do trecho normativo aludido, a incidência da multa está atrelada a hipóteses em que haja dolo ou negligência, isto é, há necessidade de demonstração de elemento subjetivo.

Vale a ressalva de que, apesar do dispositivo trazer a incidência da multa simples no caso de não atendimento tempestivo à advertência prévia para sanar irregularidade, “conforme a jurisprudência do STJ, não se faz necessária a aplicação de advertência prévia para a aplicação de multa prevista no art. 72 da Lei 9.605/98” (STJ – Resp: 1.263.904 PR 2011/0155722-5, rel.: Ministra Assusete Magalhães, Data da Publicação: DJ 22/02/2018.).

No contexto da multa simples, o art. 139 do Decreto nº 6.514/2008 e o art. 72, § 4º da Lei nº 9.605/1998 preveem: “a multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente” (grifo meu). Percebe-se que foi concedida uma certa margem de discricionariedade ao aplicador da norma, propiciando-lhe sopesar todos os elementos necessários à análise do pedido. Portanto, a conversão da multa em prestação de serviço de preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental não figurava direito subjetivo do autuado, tendo que ser deferido mediante a demonstração do interesse e oportunidade da Administração Pública e no benefício ambiental direto gerado pela prestação.

Esse entendimento fica expresso no art. 6º da Instrução Normativa nº 6/2018 do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA): “a conversão de multa é medida discricionária e será efetivada segundo os critérios de conveniência e oportunidade da Administração, observadas as disposições desta Instrução Normativa, não constituindo direito subjetivo do autuado”.

Em 2017, com a promulgação do Decreto nº 9.179/2017, buscou-se a uniformidade dos limites do poder discricionário do poder de polícia ambiental e uma alternativa a baixa arrecadação das multas aplicadas pela autarquia ambiental federal, IBAMA.

O referido Decreto alterou a Seção VII: Do Procedimento de Conversão de Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Recuperação da Qualidade do Meio Ambiente (arts. 139 a 148) do Decreto nº 6.514/2008.

4. CONCILIAÇÃO AMBIENTAL E OS NÚCLEOS DE CONCILIAÇÃO AMBIENTAL

Em esfera administrativa ambiental, em 2019, o Decreto nº 9.760/19, que alterou o Decreto 6.514/08, estabeleceu a criação dos Núcleos de Conci-

lição Ambiental (Nucam), responsáveis por regulamentar os procedimentos administrativos federais para a apuração das infrações ambientais.

Caberá, também, ao Nucam realizar audiências de conciliação visando “apresentar as soluções legais possíveis para encerrar o processo, tais como o desconto para pagamento, o parcelamento e a conversão da multa em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente”. Assim como a audiência conciliatória, prevista no art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, a *priori*, a possibilidade de conciliação em processos administrativos federais pode servir de instrumento para resolver pendências que muitas vezes tornam o processo administrativo ambiental ineficiente, em descumprimento ao art. 37 da Constituição Federal.

Disciplinou que a conciliação, que deve ser una, deve ser estimulada pela Administração Pública, visando encerrar os processos administrativos federais relativos à apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Ademais, trata da composição do núcleo, a saber: no mínimo, dois servidores efetivos, sendo ao menos um deles integrante do órgão ou da entidade da Administração Pública Federal ambiental responsável pela lavratura do auto de infração.

Vale ressaltar que o texto do decreto deixa claro que a “realização de conciliação ambiental não exclui a obrigação de reparar o dano ambiental”. Ou seja, a implementação de uma sistemática de conciliação administrativa não afeta a responsabilidade ambiental civil do infrator.

Em continuação à temática, em 1º de agosto de 2019, a Portaria Conjunta nº 1, instituiu os Nucam no âmbito do IBAMA e do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio. Eles vão funcionar com representações nas capitais de todas as unidades da federação, além do município de Santarém, no Pará.

Apesar de ainda ser um sistema normativo novo e ainda em processo de efetivação, é preocupante o fato de não deixar expresso a necessidade da transparência e da publicidade desse tipo de conciliação.

Outro ponto controverso dentro da aplicação desse decreto é os compromissos assumidos ao assinar o termo ao final da audiência que vão além da tutela do direito ambiental. Nesse momento, ao reconhecer o seu dano ele também se compromete a renúncia a possibilidade de ter o acordo ser revisto em juízo bem como a obrigação de protocolar pedido de extinção de eventual lide já proposta pelo poluidor, conforme a nova redação no art. 98-C do Decreto nº 6514/08.

Ao realizar esse procedimento, há uma evidente quebra no princípio da inafastabilidade do poder judiciário em qualquer demanda. Sendo esse princípio impossível de ser renunciado pelo indivíduo ou ter seu exercício

limitado por uma norma infraconstitucional uma vez que é garantia constitucional.

CONCLUSÃO

Apesar de um entendimento baseado no senso comum permite o entendimento resguardar a impossibilidade de aplicação de meios alternativos de composição de conflito como uma impossibilidade para a tutela de direitos individuais. Porém, tão narrativa é inverídica o ordenamento jurídico brasileiro, seja constitucional e infraconstitucional.

Outro ponto debatido foi a separação entre as três formas de obrigação dada ao degradador ambiental, sendo a via administrativa, civil e penal. Sendo as três responsabilizações feitas de forma individuais. Não sendo assim, qualquer direito ao meio ambiente equilibrado violado com a aplicação de Audiência de Conciliação ambiental.

Bem como uma possibilidade de aplicação do decreto 6514/08 com as alterações permitidas pelo 9760/19 possa ser devidamente aplicado. Garantindo os direitos individuais e coletivos dos indivíduos. Desde que se baseie sempre nos princípios constitucionais e garantindo sua transparência.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo Bessa Antunes. *Direito ambiental*. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. Ed. Jus Podivm. 2017.

GUERRA, Sergio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018.

LAZZARINI, Á. *Sanções administrativas ambientais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 34, n. 134, abr./jun., 1997, p. 171.

LENSA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Édis. *Reação jurídica à danosidade ambiental*: contribuição para o delineamento de um microssistema de responsabilidade. 2016. 380 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

2017.

A GESTÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ÂMBITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E A SOLUÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA CAPTURA MEDIANTE ARBITRAGEM

Isabella Macedo Torres

*Pós-graduanda em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ
isabellamacedo@gmail.com*

Marcella da Costa Moreira de Paiva

*Mestre em Patrimônio Cultural pela Universidade de Vigo e Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF
marcellacmpaiva@hotmail.com*

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar o fenômeno da captura nas agências reguladoras por parte de três grupos: os usuários, os regulados e o ente estatal, além de debater formas para a melhoria da gestão da regulação (sali-entando o estado do Rio de Janeiro), além da submissão de algumas questões advindas da captura aos meios extrajudiciais de solução de conflitos. A teoria da captura visa a entender os motivos que interferem na atuação das agências com a independência que lhes deve ser assegurada, a fim de garantir sua finalidade precípua: proteger, de um lado, a concorrência e o livre mercado, e, de outro, preservar os direitos fundamentais dos destinatários finais de serviços, sopesando-se ambos os interesses a fim de encontrar um ponto de equilíbrio. Cada vez mais a Administração se utiliza de métodos alternativos de solução de conflitos, visando a reduzir a judicialização, sobretudo com a inserção de cláusula arbitral em contratos administrativos. Frise-se que este fenômeno não contraria o princípio da indisponibilidade do interesse público – muito pelo contrário: justamente para sua preservação, a Administração pode-se valer da extinção de um contrato. Por fim, analisar-se-á o impacto que a captura exerce sobre os direitos fundamentais, não apenas dos destinatários de serviços públicos, mas também dos entes da iniciativa privada, cujas atividades são desfavorecidas em detrimento do que foi denominado de “mercado político”, além de identificar como a cláusula arbitral pode ser utilizada pela Administração para a melhoria da prestação de serviços, e de que forma a gestão das agências reguladoras pode ser aprimorada, a fim de extinguir um “mercado político” que funciona em detrimento do interesse público, que deve ser considerado primordial para o correto exercício da regulação.

Palavras-chave: teoria da captura; supremacia do interesse público; justiça multipartas.

INTRODUÇÃO

A origem do Direito Administrativo é comum à do Direito Constitucional: ambos os ramos visavam à diminuição da interferência estatal nas relações privadas, devido, primordialmente, à influência e ao advento do liberalismo.

Como a história é notoriamente cíclica, verificam-se, em seu decorrer, diversas alterações na relação entre agentes privados e o Estado, inclusive no que tange à prestação de serviços por entes estatais. Concluiu-se, porém, que o Estado não pode restar completamente ausente das relações econômicas, e, apesar das exceções constitucionais para sua interferência direta na economia, tem assumido, nas últimas décadas, postura fiscalizatória e normativa. No Brasil, isso ocorreu, principalmente, mediante a implementação de agências reguladoras.

O presente artigo possui como finalidade abordar os desafios enfrentados pelas agências reguladoras para a sua atuação com independência, levando-se em consideração o conceito de captura, dando-se ênfase à gestão das agências reguladoras do Estado do Rio de Janeiro. Para tanto, demonstrar-se-á a visão de dois doutrinadores pátrios acerca dos atores atuantes no cenário econômico que podem interferir na atuação das agências e, conseqüentemente, deturpar sua finalidade precípua.

Por fim, abordar-se-á, brevemente, em que situações as cláusulas arbitrais constantes em contratos administrativos podem ser utilizadas para solucionar conflitos advindos da captura, visando a, precipuamente, manter a atuação independente das agências e visando à preservação de direitos fundamentais.

1. A FUNÇÃO REGULATÓRIA NOS CENÁRIOS INTERNACIONAL E NACIONAL

Foi nos Estados Unidos do século XIX, no estado de Illinois, que ocorreu o primeiro caso paradigmático de intervenção regulatória do Estado, a partir da constatação de que o mercado está sujeito a falhas. Após disputa travada entre produtores de grãos sulistas, cujos lucros ficavam muito aquém dos produtores do norte devido a altíssimas tarifas que lhes eram cobradas dos transportadores ferroviários, o caso foi levado à Suprema Corte, que decidiu favoravelmente aos reclamantes, asseverando que “quando uma empresa qualquer exerce atividade que afeta interesses públicos, em serviços de utilidade pública, dos quais a comunidade fica refém, caracteriza-se uma

situação em que essa atividade está subordinada à regulação” (INSTITUTO ACENDE BRASIL, p. 8).

Apesar da data remota, a regulação estabeleceu-se como doutrina durante a década de 60, também nos Estados Unidos. Modernamente, porém, dá-se destaque ao posicionamento do teórico Cass Sustein, que tentou “buscar as razões de legitimação da regulação, entendida, no contexto norte-americano, como qualquer forma de intervenção do Estado na economia e nas relações sociais”. Para Sustein “é possível reformar e interpretar as medidas regulatórias de uma maneira que seja fundamentalmente baseada nos compromissos constitucionais e promova, num ambiente radicalmente transformado, os objetivos centrais do sistema constitucional – liberdade e bem-estar” (CYRINO, 2018, p. 43).

Em decorrência da denominada crise no serviço público (NESTER, 2012, p. 414), fenômeno relevante também ocorreu no Reino Unido dos anos 80: o New Public Management, período “marcado por novos padrões e formas de relacionamento entre Estado, mercado e sociedade” (GARCIA, 2012, p. 439).

Portanto, no final do século XX, percebe-se que a economia, outrora pautada na doutrina do Estado Social, com predomínio do monopólio estatal, iniciado no período pós-guerra, mudou paulatinamente para o mercado concorrencial, tendo a “atividade de intervenção estatal em sentido estrito” sido “reduzida em contrapartida ao aumento da intervenção regulatória (ou normativa)”(GARCIA, 2012, p. 439).

No Brasil, por sua vez, o cenário econômico sofreu intensa alteração no início dos anos 90 (GARCIA, 2012, p. 44), após período marcado por inchaço e monopólio estatal. A mudança foi legitimada com a promulgação da Constituição de 1988, a primeira a dedicar um capítulo específico à ordem econômica, prevendo em seu “artigo 2º, inciso IV, [...] a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho [...]” e a detalhar no artigo 170 os princípios a serem seguidos pelo Estado (WILLEMANN, 2012, p. 183-204), além de estipular hipóteses de intervenção direta na economia quando presentes os imperativos da segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme se constata no artigo 173, bem como a função fiscalizadora e regulatória, cuja previsão encontra guardada no artigo 174 (WILLEMANN, 2012, p. 183-204).

A mudança de perspectiva foi responsável por diversas consequências no cenário nacional, mas, principalmente, pela “diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado”. Sua responsabilidade foi, então, transferida para “o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial”. Esse cenário foi campo fértil para a criação das agências reguladoras, inspiradas nos modelos das agências norte-americanas (CYRINO, 2018, p. 43),

consumando “a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica.” (BARROSO, 2012, p. 45).

Embora a Constituição não faça menção às agências como categoria abstrata, a EC nº 9/95 foi responsável pela inserção de duas delas no texto constitucional, quais sejam: a de telecomunicações (art. 21, XI) e de petróleo (art. 177, §2º, III) (CRYRINO, 2018, p. 45). Ademais, tendo em vista a rigidez das normas constitucionais, houve maiores inclusões mediante legislação infraconstitucional, podendo-se citar como principais exemplos as leis: 9.427/1996 (Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL); 9.472/1997 (Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL); 9.478/1987 (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP); Lei nº 9.782/1999 (Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA) e 11.182/2005 (Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC) (MOREIRA, 2013, p. 108).

A atividade regulatória tem por objetivo precípua ser um ponto de equilíbrio entre direitos fundamentais: de um lado, o direito à livre concorrência, perseguida pelos entes privados atuantes no mercado, visando à não ocorrência da concorrência desleal (por meio justamente da captura, que favoreceria um prestador em detrimento dos demais), expressamente prevista no inciso IV do artigo 174 da Constituição (NESTER, 2010, p. 417), e, de outro, a proteção aos direitos fundamentais dos destinatários dos serviços (os consumidores), haja vista ser o indivíduo alicerce e fundamento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que constitui o ápice da República Federativa do Brasil (BARROSO, 2012, p. 43).

2. TEORIA DA CAPTURA: DESAFIOS À FUNÇÃO INDEPENDENTE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Sendo as agências reguladoras autarquias em regime especial, sua principal característica é a atuação com independência em relação ao poder que a instituiu e aos agentes por ela regulados, traço este que as distingue das demais autarquias. Ademais, possuem alguns privilégios específicos, visando justamente ao exercício de suas funções sem interferência (GUERRA, p. 331), estando, entre estes: mandato independente dos dirigentes das agências, cuja exoneração deve ser precedida de processo administrativo ou judicial (mandatos sucessivos e nomeação submetida à apreciação prévia do Senado Federal); autonomia orgânica e funcional (saliente-se que a controvérsia quanto ao recurso administrativo impróprio será abordada adiante), contando com organização colegiada, e, por último, a independência decisória (GUERRA, p. 213 a 220).

Entretanto, inobstante a ideia de desenvolvimento e fim da interferência estatal dominante (apesar das exceções constitucionais outrora

citadas), na prática, há casos emblemáticos que demonstram a deturpação e abandono dos objetivos precípuos das agências, e é justamente nesse contexto que ocorre o que se denomina de captura (capture theory), constituindo “vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou outros entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 520).

Tal teoria começou a se desenvolver nos anos 60 nos Estados Unidos (GUERRA, p. 331), e teve seu ápice a partir da constatação de George Stigler, nos anos 70, que partiu da premissa de que “a regulação é um produto, cuja demanda é provocada pelos agentes de um determinado setor econômico, no sentido de que a intervenção estatal lhes fosse favorável, ou mesmo que lhes criasse um mercado antes inexistente” (STIGLER, 2004, p. 34), tendo tais estudos sido incorporados no Brasil em meio a um debate sobre a independência das agências reguladoras “que não podem estar simplesmente a serviço dos agentes econômicos regulados” (LOSS, 2006, p. 155).

Egon Bockmann, ao discorrer sobre o conceito de captura, a descreve como bifronte, haja vista dar-se em relação tanto aos entes regulados quanto pelo Estado instituidor (MOREIRA, 2013, p. 113), salientando assertivamente tratar-se de sofisticada ideia, uma vez que “ser capturado implica imaginar que se está regulando determinado mercado em favor da concorrência, consumidores e usuários quando, a rigor, o principal beneficiário é o próprio regulado (ou o governante de plantão, à procura de votos). A regulação a impor maiores custos à própria economia – e a vangloriar os agentes regulados e/ou eleger políticos”.

Por sua vez, Floriano Marques de Azevedo Neto refere-se a três blocos de interesses que podem interferir diretamente na regulação, quais sejam: os beneficiários (usuários, consumidores, cidadãos), os regulados (operadores econômicos) e o próprio poder político, “ficando protegido tanto dos interesses governamentais de ocasião, quanto dos interesses estatais diretamente relacionados ao setor regulado” (NETO, p. 68, b).

É esta visão que será considerada nos tópicos seguintes, em que abordar-se-ão alguns dos principais desafios enfrentados pelas agências reguladoras tendo em vista a noção de captura.

2.1. Captura pelos destinatários finais de serviços

Ao adentrar nesse ponto, necessário se faz retornar ao raciocínio de George Stigler, de que a captura advém da demanda dos agentes do mercado em deturpar os reguladores a fim de que estes satisfaçam seus objetivos, pois a esta teoria se opõe Richard Posner, ao afirmar que a sociedade também pode se organizar a fim de criar instituições que influenciem na tomada de decisões dos reguladores (BAGATIN, 2009).

Apesar de os posicionamentos datarem da década de 70, ainda são primordiais e base de referência para o estudo das agências reguladoras, e é justamente a sociedade civil organizada que é considerada por Floriano de Azevedo Marques ao se referir à permeabilidade dos entes regulatórios (NETO, p. 27, a).

Destaca o autor que “o atrelamento exclusivo ao interesse do usuário pode levar em situações limite, ao aniquilamento de parcela dos exploradores da atividade regulada, acarretando, a longo prazo, a redução da competição (com a oligopolização ou monopolização do mercado específico).” (NETO, p. 71, b).

Conclui-se que, mesmo que visando à proteção de direitos fundamentais dos destinatários de serviços, caso reste caracterizado ato do Poder Público praticado em detrimento da iniciativa privada sem que esta seja pautada no princípio da razoabilidade, sem que haja sopesamento adequado entre o meio adequado e a finalidade perpetrada, ou que tal medida interventiva tenha sido praticada à margem da lei, restará certo o dever de indenizar do Estado, desde que o suposto lesado comprove o dano e o nexo de causalidade, não obstante os termos do §6º do artigo 37 da Constituição Federal, que caracteriza a responsabilidade como objetiva. Em contrapartida, se o ato praticado pelo Estado não se mostrar razoável ou ultrapassar tempo determinado em regulamento, caberá a este ente, para eximir-se de sua responsabilidade indenizatória, comprovar os fatos excludentes da responsabilidade civil (NETO, p. 71, b).

2.2. Captura pelos entes regulados

O conceito de permeabilidade que foi citado anteriormente deve ser trazido à tona também nessa oportunidade, uma vez que as agências reguladoras não podem atuar visando ao interesse dos agentes regulados (LOSS, 2006, p. 154), porém, não é porque “o operador haverá de se submeter ao regulamento, à licença, ao plano ou ao contrato que ele não deverá ser ouvido, participar, negociar e tentar fazer prevalecer seus interesses”, sempre se atentando à ressalva de que isto deve se fazer preservando-se os interesses de todos os que fazem parte do cenário regulatório e de forma indistinta, sem que haja favorecimentos (NETO, p. 71, b).

Novamente de volta à premissa de Stigler, o teórico assevera que tanto o Estado quanto as agências reguladoras podem tomar decisões que influenciarão diretamente na economia sem que haja qualquer interferência dos destinatários finais de serviços e, portanto, haverá a consequente formação do que o autor denomina de “mercado político”, em que as empresas poderiam adquirir benefícios advindos da regulação (BAGATIN, 2009).

Esta prática é expressamente vedada pelo §4º do artigo 173 da Constituição da República, que determina que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Apesar disso, é comum observarmos comportamentos que vão de encontro aos preceitos constitucionais (NESTER, 2013, p. 417).

Alexandre Aragão, ao citar Fabilo Nusdeo, afirma que “os grupos de interesse tendem, desde logo, a capturar as agências reguladoras. Essas nem sempre se destinam proteger o público, mas podem vir a significar uma defesa e proteção para os empresários do setor e, simultaneamente, a introdução ou elevação de barreiras de entrada para os que estão de fora” (ARAGÃO, 2013, p. 226).

A fim de que as agências atuem com a devida independência, lhes são conferidas algumas prerrogativas, como é o caso, por exemplo, da quarentena dos dirigentes de concessionárias. Instituto previsto genericamente no artigo 14 do Código de Conduta da Alta Administração Federal – CCAA, além de especificamente na lei orgânica específica de algumas agências reguladoras, impede que haja prestação de serviços junto às agências por determinado período (especificado pela lei criadora de cada agência) visando a evitar “tráfico de influência ou exploração de prestígio pelos ex-dirigentes perante as agências reguladoras das quase se afastaram, no ulterior exercício de outras atividades” (NESTER, 2013, p. 417).

O Estado, ao lidar com os diferentes agentes da iniciativa privada, deve pautar suas ações no Princípio da Igualdade, que tem por norte a função de proteger a livre concorrência entre os agentes da iniciativa privada. Inclusive, de acordo com Flávio Willeman, “privilegiar determinado tomador para o recebimento de um incentivo estatal representará não só a violação do princípio da igualdade, mas também configurará ato regulatório com desvio de finalidade, que, certamente, caracterizará captura do Estado regulador” (WILLEMANN, 2012, P. 183-204).

2.3. Captura política

No que concerne à captura, o último ponto a ser abordado refere-se à interferência política na atuação das agências. Aliás, antes de adentrar no referido mérito, é oportuno que se mencione relevante passagem de Alexandre Aragão quanto à relação intrínseca entre as decisões políticas e o Direito:

A relação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas. Inegável, assim, uma relação de mútua ingerência e limitação: o Direito tem possibilidades, ainda que não infinitas, de limitar e de di-

reacionar as atividades econômicas; e essas influenciam as normas jurídicas não apenas na sua edição, como na sua aplicação, moldando-as, também limitadamente, à lógica da economia (ARAGÃO, 2013, p. 206).

Nesse contexto insere-se a captura política, que consiste na tomada de decisões por parte dos representantes do Estado visando à finalidade dos dirigentes estatais intrinsecamente relacionadas à ideologia política do partido que ocupa o poder em determinado momento.

Esse é um debate que se faz crucial, pois é das decisões políticas que se definem os delineamentos das agências reguladoras, ponto de partida para seu funcionamento. “O desenho estrutural e funcional das instituições responsáveis pelo exercício da regulação condiciona a conduta daqueles que venham a integrá-la. Logo, parece possível que, ao delinear a, possam ser vislumbrados mecanismos que minimizam (ou, caso se prefira, não incentivem) a possibilidade de captura da regulação” (BAGATIN, 2009).

Fator que certamente está atrelada à manutenção da independência das agências reguladoras, por exemplo, é sua autonomia financeira e orçamentária, outrora citada como um de seus requisitos. “As agências seriam autossustentáveis, mediante cobrança de taxas de fiscalização, multas, outorgas dos seus regulados, e teriam orçamentos independentes dos ministérios aos quais estão vinculadas”. Porém, não obstante a previsão legal sobre a cobrança de taxas por parte das agências (a exemplo do artigo 8º, §2º, da Lei 9.472/97, que regula a ANATEL), visando à independência de seu orçamento, há estudos que comprovam que tais receitas, na realidade, estariam vinculadas à União, retornando às agências apenas após realocação orçamentária.

Desta feita, não há dúvidas de que uma agência enfraquecida estará mais facilmente sujeita ao livre alvedrio tantos dos dirigentes do governo (como também dos entes regulados).

3. REGULAÇÃO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Atualmente, o Estado do Rio de Janeiro conta com duas agências reguladoras: AGETRANSP e ANGENERSA. Anteriormente à existência de ambas, havia apenas uma, a ASEP/RJ – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro, extinta pela Lei Estadual 4.555/2005.

A AGETRANSP tem por escopo regular e fiscalizar as concessões e permissões de serviços públicos de transporte aquaviário, ferroviário, metroviário e de rodovias no estado do Rio de Janeiro. Foi criada pela Lei Estadual nº 4.555/2005 (a mesma que extinguiu a antiga ASEP/RJ), e funciona sob a forma de autarquia especial da administração indireta.

Conforme o sítio eletrônico da agência, a AGETRANSP tem por princípios a fiscalização dos concessionários com vistas a que prestem adequados e qualitativos serviços aos usuários; a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, sobretudo do ponto de vista da cobrança de tarifas; ressaltando a proteção do usuário contra práticas monopolistas e abusivas; o aperfeiçoamento e modernização dos serviços, além de salientar a estabilidade das relações entre poderes concedente, concessionário e usuários, para que todos os interesses sejam atendidos.

Por sua vez, a AGENERSA é a agência que regula os serviços de energia, saneamento básico e distribuição de gás canalizado no estado do Rio. Foi instituída pela Lei Estadual 2.686/1997, além de ser regulamentada pelos Decretos nº 38.618/2005 e nº 44.217/2013.

De acordo com informações constantes do próprio sítio eletrônico da AGENERSA, sua regulação tem três objetivos primordiais, quais sejam: regulação técnica e fiscalizatória, a fim de aperfeiçoar a prestação dos serviços públicos à população; regulação econômica, para que seja preservado o equilíbrio econômico-financeiro, de forma a assegurar a modicidade de tarifas, por exemplo; e a regulação comercial, atuando como mediadora entre o poder concedente, as concessionárias e os usuários.

Muito embora, na teoria, os objetivos expostos correspondam primordialmente ao que se espera de uma agência reguladora, na prática, e no cotidiano do estado, podem ser relatados alguns acontecimentos que demonstram os problemas advindos da regulação.

Cite-se, por exemplo, ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o Estado visando a que a AGETRANSP preenchesse o cargo de Conselheiro-Diretor nos termos do que prescrevem tanto a Lei 4.555/2005, que regula os serviços estaduais, quanto da lei 9.986/2000, que regulamenta as agências a nível federal, haja vista este ter sido indicado pelo governador sem a observância legal. Além disso, a ação visou a requerer a exigência de que, daquele momento em diante, a lista tríplice estivesse em concordância com a referida legislação. Isso porque os conselheiros indicados não possuíam qualquer qualificação técnica que correspondesse ao objeto a ser regulado (MPRJ, 2018), uma prática infelizmente comum no cenário nacional.

Outra polêmica envolvendo a AGETRANSP foi concernente ao pagamento de propina, por parte da Supervia, para que não fosse multada pela má prestação de transporte de trens (R7, 2016).

No ano de 2017, houve denúncia por parte da Odebrecht, que afirmou de que a empresa também pagou propina a fim de abater dívida milionária que a Supervia tinha com a Light. Nesse caso, diretores da AGETRANSP receberam parte do dinheiro com a finalidade de financiar

campanhas do MDB. Ambos os diretores foram, à época, indicados por Sérgio Cabral (WERNECK, 2017).

Já no que se refere à competência da AGENERSA, caso emblemático que se notabilizou, sobretudo no município do Rio de Janeiro, diz respeito à cobrança de TOI – Termo de Ocorrência e Inspeção, que era enviado a indivíduos que possuíam supostas irregularidades, sem que houvesse qualquer tipo de investigação prévia por parte da empresa ou documento comprobatório da alegada ilegalidade (LUQUES, 2017). Tal medida gerou uma quantidade exorbitante de processos contra a empresa (TJRJ, 2018), restando clara a falta de regulação por parte da autarquia competente.

Quanto à questão de saneamento básico, o estado do Rio de Janeiro está entre os piores do Brasil nesse aspecto, havendo cidades em que nem sequer há tratamento de esgoto (TRIGUEIRO, 2019).

Esses são apenas alguns exemplos que demonstram que o escopo da regulação é desvirtuado em troca de benefícios políticos ou até mesmo por negligência estatal, verificando-se que a captura se faz presente no cotidiano do Estado do Rio de Janeiro.

4. CLÁUSULA ARBITRAL EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. UTILIZAÇÃO DE TAIS INSTITUTOS COMO SOLUÇÃO DE PROBLEMAS RELACIONADOS À CAPTURA

O novo Código de Processo Civil prevê que, o que antes era considerado meio alternativo de solução de litígios, tem agora a mesma importância que as soluções judiciais – conforme os parágrafos de seu artigo 3º (DONIZETTI, 2018, p. 3). A doutrina se utiliza do termo “justiça multipor-tas” para designar a existência de inúmeras “portas” existentes no átrio de um fórum, sendo a parte livre para escolher a que melhor se adequa à solução de seu litígio (CUNHA, 2016, p. 637).

Essa prática é cada vez mais comum no âmbito da Administração Pública, principalmente com vistas à redução da judicialização de casos, sobretudo com a inserção de cláusula arbitral em contratos administrativos. Ao contrário do que defendem alguns, sua utilização não contraria o princípio da indisponibilidade do interesse público – muito pelo contrário: justamente para sua preservação, a Administração pode-se valer da extinção de um contrato (KOERICH, 2018, p. 44).

Percebe-se que por muito tempo a doutrina se posicionou contrariamente à solução de questões advindas da regulação por meio de arbitragem, seja quanto à arbitrabilidade subjetiva ou quanto ao objeto do litígio, entendendo, uma parte dos juristas, que, por se submeter ao princípio da

legalidade estrita, os entes estatais jamais poderiam se beneficiar da arbitragem, sendo necessária autorização legislativa para tanto.

Acerca da controvérsia, Martins nota que:

Alguns conservadores, poucos, a bem da verdade, enxergam na atuação estatal componente relevante e primordial de interesse público. Não importa se o Estado age *ius gestiones* ou, mais ainda, se as sociedades de economia mista e as empresas públicas sujeitam-se, por força constitucional, ao regime de direito privado. Todos atuam nas suas relações jurídicas sob o império do interesse primário, daí a indisponibilidade de seus direitos e, conseqüentemente, a possibilidade de se submeterem à arbitragem (MARTINS).

Por outro lado, há entendimentos no sentido de que, quando a Administração pratica atos de natureza privada, nos termos do que dispõe o artigo 173, §1º, II, da Constituição, há compatibilidade com o instituto da arbitragem, e, conseqüentemente, os conflitos se solucionam de forma mais célere. Além disso, a Lei de Arbitragem se aplica tanto a empresas públicas quanto a sociedades de economia mista, desde que tenha sido prevista na negociação entre as partes contratantes, devendo os árbitros escolhidos respeitar as normas do artigo 37 da Constituição da República, ressaltando-se, contudo, que as cláusulas exorbitantes não poderão ser submetidas à arbitragem (FALCÃO; GUERRA; ALMEIDA, 2015, p. 127).

Deve-se ressaltar que a solução de conflitos mediante arbitragem não há que se confundir com a função das agências de solucionar questões que eventualmente se sucedam entre agentes econômicos e o poder estatal, ação esta que possui respaldo na legislação própria de cada agência e que, extraoficialmente, é denominada arbitragem (Instituto IDC, 2017)1.

Aqui, há que se mencionar também o negócio jurídico processual, instituto ao qual se deu ênfase no Código de Processo Civil de 2015, que é mais abrangente do que a arbitragem, conforme se denota:

Sobre os direitos que admitem autocomposição, vale lembrar que o alcance de negócio jurídico processual atípico é maior do que aquele que ode ser objeto da convenção de arbitragem, circunscrita à solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º da Lei 9.307/1996), ao passo que os direitos autocomponíveis a que alude o *caput* do art. 190 incluem também os direitos indisponíveis que admi-

¹ Este é o caso, por exemplo, do artigo 3º, V, da Lei 9.427/1996, cujo texto dispõe: Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: [...]

V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

tam transação. A propósito, o art. 3º da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, a lei da mediação, prevê que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Sendo a mediação, por excelência, um método de autocomposição, o mesmo conceito pode ser aplicado à execução do art. 190 do CPC, isto é, os direitos que admitem autocomposição não são apenas os direitos disponíveis, mas também aqueles, conquanto indisponíveis, admitam transação (CUEVA, 2017, p. 203).

Inclusive, o autor ainda enfatiza que, dentre tais direitos, estão aqueles passíveis de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC pelo Ministério Público, fato este que reproduz o teor do Fórum Permanente de Processualistas Civis de 2017, em seu Enunciado 253.

Nesse caso, constatou Mariani que a jurisprudência pátria admite a legitimidade do Ministério Público quando as demandas se subsumirem àquilo que preconiza o artigo 127 da Constituição da República, fato este que extrapola as funções originariamente previstas no artigo 129, III, também da Constituição (MARIANI, 2015, p. 57), ressaltando, posteriormente, que:

Assim, tem-se que direitos individuais homogêneos que gozam desse atributo (“relevante interesse social”) permanecem sendo disponíveis aos seus titulares. E dessa constatação surge mais uma ressalva: a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ações coletivas não significa, necessariamente, a indisponibilidade do direito. E isso também se aplica aos casos de mera intervenção (MARIANI, 2015, p. 58).

Ademais, deve-se deixar claro que disponibilidade ou indisponibilidade do direito não se confunde com interesse público.

Saliente-se que, quanto à arbitrabilidade dos direitos indisponíveis, ainda que o direito em si não possa ser objeto de arbitragem, já que tem por essência ser indisponível, a parte poderá dispor do direito à reparação, caso seja de seu interesse.

Inclusive, Carmona também cita o exemplo de danos ambientais, que são, por vezes, objeto de Termo de Ajustamento de Conduta pelo Ministério Público, conforme se observa:

[...] não se ignora a indisponibilidade de que o direito à proteção do meio ambiente goza, mas dando a um passo adiante, reconhecida a violação ao bem e aferida a necessidade de repará-lo, possível aos envolvidos deliberar sobre a forma de efetiva reparação, que será integral. E se isso pode ser feito nesses moldes, temos aqui uma demonstração da parte disponível de um bem, no exemplo, de natureza ambiental difusa: a forma de sua reparação (integral). Trata-se de lógica semelhante àquela que, em ações individuais de natureza penal ou de família, permite uma vez preservado o núcleo do direito indisponível, efeitos como a responsabilidade civil do ato delituoso (valor da indenização) e a dis-

cussão sobre o valor de pensão alimentícia que deve ser paga, possam ser levados à arbitragem, pois já não são indisponíveis, livremente pactuadas que podem ser (MARIANI, 2015, p. 66).

Concluindo que:

Essa parece ser a compreensão de Eduardo Damiano Gonçalves e Ada Pellegrini Grinover. Com efeito, não se nega a indisponibilidade do direito ao meio ambiente (leia-se: a sua proteção e reparação em caso de ilícito). Assim, como não se nega que mesmo nesse direito há um campo disponível que pode ser objeto de arbitragem, que reside no modo de cumprimento das obrigações. Essa é uma faceta disponível que os bens difusos e coletivos *stricto sensu*, como regra geral, irão ostentar, o que permite sejam objeto de arbitragem (sob a perspectiva da disponibilidade) dentro desse limite (MARIANI, 2015, 66 e 67).

Sendo assim, percebe-se que, quando os usuários de serviços públicos se sentirem lesados pelos efeitos advindos da captura, à qual se deu ênfase nos capítulos anteriores, nada impede que isso seja objeto de arbitragem. Muito embora não se possa dispor desse direito, que obviamente é indisponível, dado à sua natureza de direito fundamental, haja vista todos terem o direito à adequada prestação de serviços públicos, e tendo em vista que o direito do consumidor é tutelado pela Constituição da República, é caracterizado como indisponível, apesar de poder ter sua reparação como objeto de arbitragem.

CONCLUSÃO

Após o que fora exposto, conclui-se que a independência constitui requisito fundamental para a atuação de uma agência reguladora, e esta deve dar-se em relação a três atores que podem interferir no cenário econômico, quais sejam: destinatários finais de serviços, agentes da iniciativa privada e, por fim, ao próprio ente estatal que as instituiu (por mais que este último ponto pareça, a princípio, contraditório). Caso o Estado seja influenciado predominantemente por algum interesse, restará caracterizada a captura, consistente na deturpação da finalidade precípua do papel de uma agência reguladora.

Quanto aos destinatários finais de serviço, embora estes constituam objeto de proteção pelo princípio da dignidade da pessoa humana, uma atuação voltada exclusivamente à sua proteção pode gerar riscos de monopólio e oligopólio e arbitrariedade do Estado para com os atores da iniciativa privada, devendo, portanto, haver sopesamento com os demais interesses envolvidos.

No que tange a iniciativa privada, a atuação do Estado Regulador deve ser ter como tônica “dirimir as diferenças entre os agentes do mercado e [...] promover a concorrência nos setores onde ela se mostrar adequa-

da e desejável” (WILLEMAN, 2012, p. 419), vigorando, entre os atores da iniciativa privada, “a crença de que a concorrência, devidamente monitorada pelo Estado, consiste no melhor caminho para atingir os ideais de justiça social, sacramentados desde a consagração dos direitos e garantias fundamentais do ser humano” (NESTER, 2013, p. 417).

Muito embora o §4º do artigo 173 da Constituição preveja a repressão do abuso do poder econômico, na prática, conforme fora citado, observam-se comportamentos de agentes econômicos que deturpam a finalidade da agência, por meio do que se denomina de captura.

Além disso, por mais que pareça contraditório, a captura pode ser praticada pelo próprio ente estatal, a partir de atos que interfiram na gestão das agências, em sua corporação e até mesmo em sua autonomia orçamentária e financeira, conforme exemplos abordados neste trabalho.

Em relação aos usuários de serviços públicos, apesar de a doutrina levantar a hipótese de captura por parte desses entes, na prática, sabe-se que a população é o lado mais frágil e mais vulnerável nessa tríade constituída entre Estado, ente regulado e usuário. Sendo assim, a cláusula arbitral também lhes deve ser favorável no sentido de evitar que as consequências da captura atinjam seus direitos básicos (frisando-se, novamente, que não se questiona aqui a indisponibilidade dos direitos, que classificam-se como fundamentais – argui-se a possibilidade da arbitrabilidade das consequências advindas de sua não efetivação, que se origina na captura, seja política, seja pelo ente regulado, que o influencia diretamente na prestação dos serviços). Dessa forma, pode o Ministério Público, como representante dos direitos coletivos, utilizar instrumentos como o TAC, por exemplo, a favor dos usuários.

Quanto aos agentes da iniciativa privada que restarem lesados por conduta estatal, estarão protegidos pelo instituto da responsabilidade civil, caso comprovem conduta lesiva a seus direitos e aos princípios constitucionais que regem a livre iniciativa. Novamente aqui, levanta-se a possibilidade de utilizarem a cláusula arbitral a seu favor, o que se torna ainda mais viável, uma vez que estes firmaram o contrato diretamente com o ente estatal que, caso pratique captura política, como se verifica nos exemplos citados no estado do Rio de Janeiro.

Verifica-se, por conseguinte, que por mais que haja certas polêmicas doutrinárias a respeito da arbitrabilidade de direitos indisponíveis, não é a disponibilidade em si que está em jogo, mas sim a reparação das consequências advindas de sua não observância. A utilização da cláusula arbitral a fim de reparar tais lesões causadas pela captura deve ser levada em consideração, o que evitaria excessiva judicialização, até mesmo por meio de ações individuais por parte dos usuários, por exemplo, de forma a colocar em prática as premissas do Código de Processo Civil de 2015, além de os efeitos se-

rem evidentemente mais céleres. O mesmo se aplica à iniciativa privada, que mais facilmente solucionaria tais questões, fato este que geraria maior observância da prestação correta de serviços públicos, além de preconizar o correto exercício da própria regulação, que deve ser priorizada em um estado democrático de Direito com regras claras para a sociedade.

REFERÊNCIAS

AGENERSA. Disponível em http://www.agenersa.rj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=27 Acesso em 20.set.2019

AGETRANSP. Disponível em <http://www.agetransp.rj.gov.br/web/guest/quem-somos> Acesso em 20.set.2019

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. P. 226. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013;

BAGATIN, Andreia Cristina. Teoria da captura: explicação necessária e suficiente para a existência de regulação? In: Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 07, nº 28, out./dez. 2009; Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=64262> Acesso em 20.out.2018

BATISTA MARTINS, Pedro. *A arbitragem e as entidades de direito público*. Disponível em www.batistamartins.com/batistamartins.html Acesso em 27.set.2019

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do Direito e suas repercussões no âmbito administrativo. P. 43. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. P. 520. 32ª Edição. Rio de Janeiro: Atlas. 2018;

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13ª edição, Rio de Janeiro: Forense, p. 637. 2016;

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização do procedimento e calendário processual no Novo CPC. In: Os juízes e o Novo CPC. Organizadores: FILHO, Antônio Carvalho; JÚNIOR, Herval Sampaio. São Paulo: JusPdivm, 2017.

CYRINO, André Rodrigues. Direito Constitucional Regulatório. P. 43. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Processo, 2018;

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*, 3ª edição, São Paulo: Atlas, p. 3, 2018;

Energia: o desafio das agências reguladoras. Disponível em: <http://www.iee.usp.br/sites/default/files/biblioteca/producao/2007/Monografias/parenteenergia.pdf> Acesso em 10.out.2018

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael . *Soluções alternativas de controvérsias no setor público*. Série Direito do Estado e da Regulação. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora IDE, FGV, 2015;

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. P. 439. In: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

GUERRA, Sérgio. Teoria da Captura da Agência Reguladora em sede pretoriana; Disponível em <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42475/41195> Acesso em 12.out.2018

Instituto IDC. Grupo: Negócios Processuais. Disponível em <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf> Acesso em 28.set.2019

JORDÃO, Eduardo e RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência Reguladora em passos simples. In *Journal Of Institutional Studies* (2017). *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 3, 1, 2017;

Referências:

https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf

KOERICH, Guilherme Back. *Arbitragem nos contratos administrativos: a relativização dos dogmas da Administração Pública*. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2018, p. 44.

LOSS, Giovanni. Contribuições à teoria da regulação no Brasil: fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências, in *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

LUQUES, Ione. Consumidores reclamam de cobranças indevidas por parte da Light. Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/consumidores-reclamam-de-cobrancas-indevidas-por-parte-da-light-21250412> Acesso em 20.09.2019

MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015. Coleção Atlas de Arbitragem. Coordenação: CARMONA, Carlos Alberto.

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/55903?p_p_state=maximized Acesso em 20.set.2019

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Ano 11, nº 14. Belo Horizonte: Fórum, 2013;

NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. *In*: Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Agências Reguladoras Independentes – fundamentos e seu regime jurídico. P. 68. 1ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009; [a]

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Agências Reguladoras: Instrumentos de fortalecimento do Estado. Disponível em: <http://abar.org.br/wpcontent/uploads/2011/07/agencias-reguladoras.pdf> [b]

Redação R7. SuperVia pagou R\$ 600 mil a diretores da Agetransp para não ser multada, diz jornal”. Disponível em <https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/supervia-pagou-r-600-mil-a-diretores-da-agetransp-para-nao-ser-multada-diz-jornal-13122016> Acesso em 20.set.2019

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica, in Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004;

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Light não poderá cobrar Termo de Ocorrência de Irregularidades na fatura mensal. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6060501> Acesso em 20.set.2019

TRIGUEIRO, André. Ranking do saneamento básico no Brasil aponta que cinco cidades do RJ estão entre as piores do país. Disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/07/23/ranking-do-saneamento-basico-no-brasil-aponta-que-cinco-cidades-do-rj-estao-entre-as-piores-do-pais.ghtml> Acesso em 20.set.2019

WERNEK, Antonio. Odebrecht pagou propina para abater dívida da SuperVia com a Light, dizem delatores. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/odebrecht-pagou-propina-para-abater-divida-da-supervia-com-light-dizem-delatores-21220630> Acesso em 20.set.2019

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Responsabilidade Civil Estatal por Intervenção no Ordenamento Econômico. P. 183-204. In: Daniela Bandeira de

Freitas e Vanice Regina Lírio do Valle. Direito Administrativo e Democracia Econômica. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Fórum, 2012.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO POLÍTICA PÚBLICA:

Uma análise do dever do Estado na garantia de acesso à justiça

Joyce Abreu de Lira

*Universidade Veiga de Almeida, Professora Assistente – Faculdade de Direito,
Rio de Janeiro, Brasil.
joycelira@id.uff.br*

Maria Victória Braz Borja Rodrigues

*Universidade Federal do Oeste da Bahia,
Professora Assistente – Centro das Humanidades, Barreiras, Brasil.
maria.borja@ufob.edu.br*

RESUMO

O objeto da presente pesquisa trata-se da investigação do dever do Estado na garantia de acesso à justiça para a população, em conformidade com a Constituição Federal de 1988. Nessa esteira, o problema da pesquisa pode ser representado pela seguinte pergunta: a mediação tem funcionado no Brasil como política pública de garantia do acesso à justiça? A relevância do tema se justifica pela atual implementação do Sistema de Justiça Multiportas no Brasil, que amplia o conceito de acesso à justiça, afastando a noção tradicional de acesso obrigatório ao judiciário e propondo o tratamento autocompositivo dos conflitos como meio preferencial de concretização da justiça e da paz social. O objetivo geral consiste em analisar a mediação de conflitos como possibilidade de política pública do Estado, no condão de realizar seu dever de garantia de acesso à justiça à população. Os métodos utilizados para confecção deste trabalho denominam-se indutivo e jurídico-dogmático, porquanto visam investigar o problema de pesquisa, indutivamente, bem como os conceitos jurídicos e dogmáticos disponíveis sobre o objeto definido. A pesquisa se embasa na necessidade de construir um caminho metodológico de apuração de dados, com análise de marco teórico e, utilizando-se da técnica bibliográfica. O trabalho está dividido conforme os seguintes tópicos: i) introdução; ii) conceituação da mediação de conflitos sob a perspectiva da adequação; iii) análise do tema das políticas públicas; iv) a mediação de conflitos como política pública de garantia de acesso à justiça; v) conclusão: confirma-se a utilização da mediação de conflitos como política pública mais eficaz de acesso à justiça, a ser implementada pelo Estado.

Palavras-chave: mediação de conflitos; política pública; acesso à justiça.

INTRODUÇÃO

A mediação proposta como política pública se estabelece enquanto alternativa viável para resolver inúmeros problemas públicos e, por isso, não se trata aqui de realizar uma proposta específica, ou concreta. De maneira por vezes descritiva, e outras vezes reflexiva, o presente trabalho abordará o tema em questão tendo em vista a urgência de se desenvolver bases teóricas capazes de capturar a interseção pulsante entre direito e política, democracia e comunicação, dignidade humana e acesso à justiça.

Reconhecida a relevância do estudo do tema, começar a pensar na mediação enquanto política pública ainda que de forma mais abstrata é, certamente, buscar caminhos para ampliar a concretude de ações públicas orientadas para a administração dos conflitos. Orientar a ação pública é justamente atribuição das políticas públicas. Garantir a participação pública nesses processos é a preocupação primordial de uma democracia fundada nos valores comunicativos. Retirar da exclusividade das elites o poder decisório sobre os problemas públicos é função política do direito em um Estado democrático.

A construção da pesquisa, por isso, surge das reflexões acerca dessas interseções inevitáveis entre direito e política. Com o advento da Lei de Mediação, a Lei 13.140/2015, o Brasil reafirma o compromisso com a democracia comunicativa. Há, nesse contexto, a tentativa legislativa de regulamentar o problema público do acesso à justiça enquanto acesso ao judiciário. Ao mesmo tempo, contudo, é subjacente ao debate que o acesso à justiça verdadeiramente democrático deve ter em primeiro plano a possibilidade de as pessoas em conflito participarem ativamente da construção dos caminhos para a solução. Sem isso, o acesso à justiça pode, simplesmente, ser uma bengala temporária que virá em algum momento a desequilibrar no lugar de reequilibrar as soluções de um problema permanente.

Com essas perspectivas, a presente pesquisa se desenvolve de uma maneira indutiva, compreendendo, a partir do fato concreto da elaboração da Lei de Mediação e de seus objetivos, a relação com o problema decorrente de considera-la abstratamente enquanto uma política pública. Valendo-se de um modo de pensar jurídico-dogmático, mas não limitado, e necessariamente envolvendo um tecido transdisciplinar, o tema da mediação é tratado para além das fronteiras do direito. O objetivo geral, assim, consiste em analisar a mediação de conflitos como possibilidade de política pública do Estado, no condão de realizar seu dever de garantia de acesso à justiça à população, em uma perspectiva democrática.

Para tanto, no primeiro capítulo, apresenta-se o panorama social e normativo da mediação de conflitos no Brasil. No segundo capítulo, por sua vez, pretende-se demonstrar as bases iniciais para se compreender o contexto das políticas públicas e sua necessária interlocução com o direito, no cenário democrático. Por fim, o terceiro capítulo objetiva trazer uma reflexão de cu-

nho teórico que seja capaz de provocar a conclusão de que a mediação acaba funcionando como o instrumento principal de edificação das democracias que surgem autenticamente dos processos comunicativos. Desse modo, tratar mediação como política pública nesse contexto é, ao mesmo tempo, reconhecer o problema público do acesso à justiça, bem como reconhecer na própria construção da democracia um problema que se encontra, hoje, instrumentalizado pelo direito.

1. A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOCIAL E NORMATIVA

As relações interpessoais que surgem da natureza social do homem revelam um elemento também natural, o conflito. Em verdade, o conflito pode ser intrapessoal, manifestando-se em todo momento de insegurança, desconforto ou dúvida interna. Quando o indivíduo alcança a esfera interior para a esfera exterior, depara-se com uma constante disputa com seus pares, seja pela divergência de opiniões, objetivos, personalidades, enfim, a diversidade humana traz o conflito como fator inerente à socialização (MOORE, 1998, p.19)

A mediação é um processo voluntário, consensual e não adversarial de resolução de conflitos, no qual as partes elegem um terceiro imparcial responsável por facilitar o diálogo pacificador, sem interferir no mérito das decisões (MIRANDA, 2005, p.08). Esta definição simplificada evidencia o processo da mediação que melhor se classifica como um procedimento, posto que não representa uma estrutura fixa, como é caracterizado o Direito e a Lei. A definição normativa constante na Lei de Mediação aparece em seu artigo primeiro, parágrafo único “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (BRASIL, 2015, L. 13.140)

O objeto da mediação é a relação existente entre as partes, visto que se trata de meio de solução de conflitos surgidos de relações permanentes, ou continuadas, como as relações de família, de amizade, vizinhança, algumas empresariais e consumeristas, relações institucionais em geral, incluindo a administração pública e até conflitos de natureza criminal. Por conta do objeto da mediação definido acima, compreende-se que a classificação introduzida no Brasil pelo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, cumulada com a Lei de Mediação, lei 13.140/2015, denominada Sistema de Justiça Multipor-tas, coloca a mediação no papel de meio mais adequado de resolução de conflitos quando se trata de relações de natureza continuada. Dessa forma, os MASCs (Meios Adequados de Solução de Conflitos) definem todas as possibilidades de resolução de disputas, que são as múltiplas portas: conciliação,

mediação, arbitragem, judicatura, dentre outros, a partir de uma perspectiva de adequação, de modo que cada conflito receba seu tratamento adequado, alcançando-se às partes o melhor resultado possível dentro de cada contexto.

Conduz-se a disputa à criação de uma organização própria, com a construção de normas relevantes para as partes naquele momento, de forma a não buscar a adequação da disputa às estruturas legais preestabelecidas, conforme esclarece Maria de Nazareth Serpa (1999, p. 145).

A mediação é uma forma de superação da cultura jurídica da modernidade, que está atualmente pautada no litígio, cujo objetivo é descobrir a verdade, que deve ser “descoberta por um juiz que pode chegar a pensar a si mesmo como potestade de um semideus na descoberta de uma verdade que é só imaginária” (WARAT, 1998, p.11). Ou, então, aquele jurista que “decide a partir do sentido comum teórico dos juristas, a partir do imaginário da magistratura, um lugar de decisão que não leva em conta o fato de que o querer das partes pode ser diferente do querer decidido” (WARAT, 1998, p. 12).

No contexto legal, há que sobrelevar algumas definições relevantes, a primeira delas constante na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que abarca o acesso à justiça no rol dos direitos fundamentais no Brasil. A redação do dispositivo legal determina: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, que interpretada não restritivamente assegura aos cidadãos a salvaguarda dos seus direitos, que sob lesão ou ameaça, deverão receber a guarida do Estado na forma do seu Poder Judiciário. Esta interpretação caberá ao último tópico deste artigo, que receberá tratamento específico.

As outras disposições legais ressalvadas por esta pesquisa se encontram em duas leis principais, o atual Código de Processo Civil Brasileiro e a Lei de Mediação. A Lei 13.105/2015 traz em seu artigo 3º um texto que evidencia a necessidade de compreender extensivamente o dispositivo constitucional referido acima.¹

Portanto, o Estado deve promover a solução consensual de conflitos, a partir da mediação, conciliação, arbitragem e outros, bem como esses métodos devem ser incentivados pelos profissionais do Direito, cujas carreiras jurídicas também auxiliam na asseguuração do direito de acesso à justiça, conforme se discutirá adiante.

Por seu turno, a promulgação da Lei 13.140/2015 demonstra que o

¹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015, L. 13.105)

ordenamento brasileiro passa a dar real importância à mediação de conflitos, em ambas as esferas, judicial e extrajudicial, merecendo, portanto, uma lei específica para lhe tutelar. O parágrafo único do seu artigo 1º determina: “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Tal conceito inaugura um momento social e jurídico capaz de inserir a mediação no âmbito da resolução de disputas, que aliado ao Código de Processo Civil retira o Poder Judiciário do lugar principal de solução de conflitos, ao tempo que retira a mediação das margens, do local de alternatividade, trazendo todas as vias judiciais e extrajudiciais como métodos possíveis e adequados, a depender do caso concreto, conforme a própria definição da sigla MASCS, explicada anteriormente.

Após a contextualização da mediação de conflitos no desenho normativo atual do país, é necessária a introdução do tema das políticas públicas, para que seja possível arrematar o trabalho com a relação entre as duas temáticas principais da pesquisa: mediação e políticas públicas, cujo vínculo de conexão é tecido a partir do acesso à justiça como direito fundamental. A análise do papel do Estado, que deixa de ser protagonista na tutela jurisdicional, demanda de uma definição frente às novas inclusões legais, principiológicas e processuais, que é um dos objetivos do presente estudo. Passa-se então a tratar da conceituação das políticas públicas no Brasil.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL APÓS 1988

O estudo das políticas públicas tem se evidenciado essencial na construção da ideia de efetivação de direitos. O direito tem experimentado abertura teórica e aumento da permeabilidade aos campos do saber que lhes são conexos, nas últimas décadas. Na esteira desse movimento, o funcionalismo, no lugar do estruturalismo, passa a ocupar as ideias sobre o conceito de direito. (BOBBIO, 2007, p. 85). A sociologia representou o volante no processo de reconstrução do tecido jurídico, a partir de linhas mais plurais e preocupadas mais com os objetivos do que com o objeto do direito. A tecelagem do direito passou a receber reais influências desses outros campos do saber no sentido de buscar uma ampla compreensão das suas funções.

A compreensão sobre a função do direito, para além da simples descrição das suas estruturas, não seria tarefa plenamente inteligível por intermédio de elaborações teóricas preocupadas estritamente com as formalidades e rituais que tornam o direito um instrumento de controle social – ou seja, com o objeto do direito. Não bastaria conhecimento do arcabouço normativo e principiológico, tampouco a simples constatação das suas bases formais. Todo esforço que não seja multi e transdisciplinar não será capaz, de responder às grandes inquietudes do próprio direito. A ausência de concretização de

direitos, por exemplo, não encontraria uma explicação científica evidente, caso busque suas respostas em bases epistemológicas positivistas. A dinâmica política está diretamente relacionada ao “problema do direito”, ou seja, à administração dos conflitos e, conseqüentemente, à noção de acesso à justiça.

Não por acaso, as primeiras questões que passam francamente a unir o direito e as políticas públicas são justamente voltadas à ineficácia de normas garantidoras de direitos fundamentais. No contexto de descumprimento de normas de caráter nitidamente interligado às políticas públicas é que surge o problema da judicialização de direitos. Em outras palavras, é no debate sobre as falhas do direito que a política – no viés das políticas públicas – passa a ser inserida.

Antes, porém, de compreender o cenário da relação entre políticas públicas e o direito no Brasil pós 1988, é necessário verificar como se construiu a ciência da política pública mundo afora. Sem a pretensão de esgotar o tema, porém, objetivando sintetizar as principais características do desenvolvimento teórico, é que se pode buscar em Peter DeLeon (DELEON in MORAN, REIN, GOODIN, 2006, p. 39) algumas explicações. Uma característica é especialmente relevante: a construção da teoria das políticas públicas se desenvolve relativamente apartada do conhecimento das ciências políticas. Atribui-se à Harold D. Lasswell e Daniel Lerner, entre o final da década de quarenta e início de cinquenta, a elaboração de ensaio de grande importância no campo das políticas públicas: “The policy orientation”. Essa obra trouxe à tona uma crescente e inédita preocupação de tratar os problemas públicos a partir das práticas políticas levando em consideração todo o contexto permeado por questões já há muito estudadas e aportadas nos campos da sociologia, do direito, da antropologia, etc.

A teoria da ciência política, assim, propõe-se enquanto “ciência social aplicada que atua como um mediador entre acadêmicos, tomadores de decisão do governo e cidadãos comuns, fornecendo soluções objetivas para problemas que reduziriam ou minimizariam a necessidade de um debate político improdutivo sobre as questões políticas da ordem do dia”, em uma tradução livre. (DELEON in MORAN, REIN, GOODIN, 2006, p. 39) Em outras palavras, é no tecelagem da teoria das políticas públicas que a perspectiva de entrelaçamentos teóricos se evidenciam, sendo certo que é no tema das políticas públicas que as ciências sociais aplicadas encontram um ponto de convergência.

Além disso, é relevante mencionar que a construção do campo de estudos sobre políticas públicas ocorre no bojo dos interesses de Lasswell e dos coautores de apresentar uma sobreposição com o *ethos* democrático e dos processos – que chamaram de ciências políticas da democracia. Com essa orientação do conhecimento objetivando a melhoria das práticas democráticas é que se começou, então, a pensar políticas públicas. A proposta das ciên-

cias políticas da democracia envolvem uma oposição aos regimes totalitários que estavam presentes na comunidade mundial durante o período de entre guerras.

Peter Deleon (DELEON in MORAN, REIN, GOODIN, 2006, p. 40-41) pontua três aspectos fundamentais e característicos dos estudos da ciência da política pública. O primeiro deles é que se tratam de estudos explicitamente orientados a partir de problemas. O pensar problemático torna o endereçamento das propostas e sugestões de ação mais objetivas. Transfere-se o centro clássico dos estudos de ciência política, que girava em torno das indagações sobre os fenômenos por suas próprias causas. Passa-se a adotar a preocupação metodológica em identificar problemas e propor alternativas de soluções, num exercício mais pragmático de ciência, portanto. Para o intento analítico do problema público, o cientista da política pública deve estar totalmente conectado com o contexto, que deve ser cuidadosamente considerado em termos de análise e recomendações subsequentes.

A segunda característica relevante da abordagem das ciências políticas está diretamente interligada com a primeira. Sua abordagem é necessariamente multidisciplinar, seja em suas perspectivas intelectuais ou práticas. Isso porque, conclui Deleon: “quase todo problema social ou político tem vários componentes que estão vinculados às várias disciplinas acadêmicas sem cair claramente em qualquer domínio exclusivo de uma disciplina. Portanto, para obter uma apreciação completa do fenômeno, muitas orientações relevantes devem ser utilizadas e integradas” – tradução livre (DELEON in MORAN, REIN, GOODIN, 2006, p. 40-41)

Por fim, a terceira característica é essencialmente conectada com o funcionalismo das ciências, como dito sobre as mudanças de paradigmas teóricos observadas, também, no direito. Há consciente e explicitamente orientações valorativas nas ciências políticas que fazem com que suas abordagens estejam centradas no *ethos* democrático e no valor da dignidade humana.

Com essas características fixadas, torna-se mais nítida a relação entre política e direito, direito e política. Ainda que se abrace o argumento instrumental do direito, não se pode perder de vista que as funções, os objetivos e, portanto, os usos de ambos, devem estar orientados para a ação de resulte a garantia dos valores da democracia e da dignidade humana.

Nesse viés marcado pelos traços da democracia e da dignidade é que se apresentam os estudos sobre políticas públicas, desde suas primeiras aparições, no século passado, até os dias atuais. Seria, porém, inadequado pretender esgotar a trajetória desse campo de estudos, motivo pelo qual a presente pesquisa opta pelo recorte conceitual-histórico capaz de demonstrar as bases segundo as quais se edificou o estudo em questão. De outro modo dito, estudar políticas públicas é buscar identificar, analisar e solucionar problemas, a

partir de procedimentos democráticos, indo ao encontro do valor da dignidade humana.

Outras questões teóricas estão imbricadas com o estudo das políticas públicas ao longo do tempo e dos espaços em que os respectivos estudos se desenvolveram. Uma das principais questões teóricas que se mostraram divergentes dizia respeito aos pensamentos das escolas norte americana e europeia sobre suas concepções do papel do Estado e das funções das políticas públicas. Sem adentrar nas divergências em questão, certo é que um trabalho que se proponha a analisar a mediação enquanto política pública no Brasil não pode desconsiderar esse contexto para compreender, inclusive metodologicamente, o que se está a considerar como política pública.

No Brasil, o debate sobre as questões ligadas às políticas públicas ganha espaço em debates não só do corpo político, mas passa a compor a ordem do dia dos debates jurídicos, há pelo menos quatro décadas (BUCCI, 1997, p. 89). O panorama inicial do debate era, porém, um Brasil com aspirações democráticas, com sua democracia em vias de restabelecimento. O valor da dignidade humana voltava a ocupar assento na dinâmica político-jurídica. *Pari passu* ao contexto político-jurídico, as construções constitucionais dos pós-guerras traziam consigo a força dos direitos sociais, que exigiam dos Estados posturas atuantes em relação às prestações sociais. Não seria inadequado afirmar, portanto, que a discussão teórica sobre políticas públicas cresce e ganha corpo num contexto em que vem a reboque das exigências dos valores da democracia e da dignidade humana, consubstanciadas nos deveres prestacionais dos Estados.

Dessa maneira, o papel da teoria das políticas públicas se torna central na implementação de direitos de um modo geral, e mais especificamente dos direitos humanos fundamentais, que passam a ser mais objetivamente do âmbito das responsabilidades dos Estados. Estes, portanto, precisam se organizar e cumprir a agenda política que pauta as ordens de cada dia na vida dos Estados. É assim que desde então se debate, que são pensadas estratégias, que são realizadas avaliações, que são medidas as consequências das ações públicas que partem do Estado: por meio do que se convencionou reconhecer como políticas públicas.

O estudo da teoria das políticas públicas pelos juristas, porém, tem se mostrado ainda incipiente e, já no final da segunda década dos anos 2000, ainda é necessário compreender as bases desses estudos. Para essa finalidade, cumprindo um desdobramento metodológico necessário, portanto, é imprescindível apresentar o conceito (ou os conceitos) da expressão “políticas públicas”, bem como alguns dos principais desdobramentos teóricos imbricados com o estudo jurídico das políticas públicas.

Segundo Leonardo Secchi (SECCHI, 2017), política pública, de um modo geral, representa a tentativa de enfrentamento de um problema públi-

co, mesmo que as suas macrodiretrizes sejam compostas por outras políticas públicas que a operacionalizem. O termo *public policy* é o mais adequado para expressar o sentido de política pública e, conseqüentemente, desenvolver-se estudos na área, pois trata do conteúdo concreto e simbólico da tomada de decisões políticas, ou seja, está ligada às orientações para a decisão e ação no campo de estabelecimento de diretrizes de enfrentamento de problemas públicos. O outro termo, *public politics* é mais amplo e designa toda atividade humana voltada à obtenção de recursos necessários para o exercício do poder sobre o homem.

O autor identifica, também, que é possível conceber abordagens estatista ou multicêntrica para identificar quem sejam os atores responsáveis pela elaboração das políticas públicas. Para o primeiro caso, a abordagem estadocêntrica, quem determina a política tornando-a pública é somente o Estado. Para o outro caso, as organizações privadas ou governamentais, organismos multilaterais e redes de políticas públicas podem protagonizar o estabelecimento de tais ações, e não somente os atores estatais. Do ponto de vista normativo, o Estado não pode se eximir de atuar no sentido da elaboração de políticas públicas, mas isso não excluiria a possibilidade de atuação dos demais atores. No caso da presente pesquisa, essa bipartição teórica é de grande importância, já que se está a tratar de pautas de desburocratização e desjudicialização do acesso à justiça, de modo que a mediação como política pública apresenta relevância, ao mesmo tempo, tanto na perspectiva estatista, como pelo prisma multicêntrico.

O Poder Judiciário exerce poder relacional e influencia estrategicamente na tomada de decisões numa sociedade democrática, inclusive no tocante às decisões majoritárias, eleitorais, individuais, etc. Em situações normais, de plenitude de atendimento aos direitos, não haveria motivos para a atuação do Poder Judiciário. O exercício da cidadania na democracia, principalmente a brasileira, que ainda experimenta os primeiros passos, tem evidenciado uma grande dependência em relação ao Poder Judiciário para a sua construção. Por essa constatação é que se buscaram as bases problemáticas para a feitura deste trabalho: compreender que, para além de um direito, a mediação enquanto forma de acesso à justiça deve ser tratada como política pública.

3. A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO POLÍTICA PÚBLICA DE GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

O Brasil é um país onde as promessas da modernidade ainda não se cumpriram, quais sejam elas a democracia, a soberania do povo, o acesso aos bens jurídicos com concretização dos princípios da igualdade e liberdade a todas e todos. A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um arcabouço axiológico e normativo capaz de realizar um Estado de bem-estar social, ou

ao menos um Estado capaz de prover aos seus cidadãos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Entretanto, mais de trinta anos após sua promulgação, ainda se espera o cumprimento de deveres básicos do Estado, inclusive por meio das suas políticas públicas.

Como visto no capítulo anterior, falar de políticas públicas é necessariamente identificar no seu campo o cenário das democracias, estabelecidas com base no valor da dignidade humana. Sendo assim, existe uma intrínseca relação que é estabelecida entre a democracia e as políticas públicas: mutuamente são fundantes entre si; mutuamente se alimentam dos seus processos recíprocos; mutuamente tem a possibilidade de construir resultados positivos – na construção do Estado democrático, do acesso à justiça e da administração de conflitos com vistas à emancipação e, portanto, protegendo e garantindo a plenitude da dignidade humana.

A jovem experiência democrática brasileira tem vivenciado alguns exemplos de efetivação da construção democrática a partir da implementação de políticas públicas e do espaço que se abre necessariamente para o debate público em torno das questões problemáticas que afetam o interesse público. Os conselhos gestores, enquanto instâncias de representação da sociedade civil, representa experiência que acompanha e particulariza o processo de redemocratização no Brasil (TATAGIBA, . A expectativa em torno das construções comunicativas que reúnem Estado e pessoas, população, grupos de interesse desemboca na nova construção dessas estruturas de gestão e de tomada de decisões públicas. Abre-se espaço e se dá voz a quem antes era mero espectador do processo democrático que, para muitos, por isso mesmo, não seria tão democrático assim. De toda forma, os conselhos gestores e políticas públicas de participação democrática na construção de outras políticas públicas refletem, também, dimensões contraditórias da existência das jovens democracias. E daí vêm os desafios.

Pensar em mediação como uma dessas instâncias de construção democrática, portanto, como política pública, é perceber sua focalização essencial em propor alternativas às questões difíceis de decidir e que são de interesse público. Essa forma de compreender o mecanismo aparentemente jurídico-processual, se visto por um prisma dogmático, evidencia algo de veras político: a devolução estratégica de assuntos difíceis para a administração das esferas civis públicas. A estratégia em questão vem em consonância com a crítica que se constrói em torno da questão da judicialização dos conflitos. Judicializar é entregar o poder da decisão de questões difíceis nas mãos do juiz. O juiz, ou o corpo de juizes, especialmente na dinâmica brasileira, não são agentes eleitos. Diante da forma de preenchimento do cargo, a partir do critério meritocrático do concurso público, não há expressividade social no preenchimento das vagas da magistratura no Brasil. Há, por isso, fortes críticas diante do baixo grau democrático nessa instância do poder político do Estado brasileiro. Por isso, atribui-se ao grupo a definição de elite. A mobili-

zação do direito é parte de uso estratégico de grupos de interesses e, nessa dinâmica, o poder judiciário acaba se tornando um ator de política pública. Do ponto de vista de uma democracia, porém, existe um problema em devolver a solução de problemas para determinada elite de agentes públicos.

Os princípios da liberdade e igualdade nos ensinamentos de Habermas são elementos de garantia da participação na argumentação pública, considerando sua teoria do discurso. Para o sociólogo, esses valores são reformulados, ou ampliados, no sentido de existirem em prol de uma democracia efetiva, que surge de processos comunicativos, pela expressão de opiniões e possibilidade de assentimento da população sobre a criação da norma. A validade da norma e a legitimação de um Estado democrático tampouco se resume a partir do princípio da maioria ou do exercício do voto, mas, antes, respalda-se em processos discursivos, nos quais a comunicação reflete a igualdade e a liberdade dos cidadãos (HABERMAS, 1997). Quando se dedica a escrever sobre as relações entre direito e democracia na década de 1990, Habermas descreve o maniqueísmo gerado pela filosofia do sujeito, que tensiona o liberalismo e o republicanismo, colocando-os em polos opostos na definição de modelos políticos, ao passo que o autor propõe uma democracia deliberativa, capaz de unir elementos da autonomia privada e pública, como aspectos presentes na teoria orientada por uma liberdade comunicativa (HABERMAS, 1997, vol I).

A ordenação democrática de uma sociedade trata-se de um processo autocontrolado de aprendizagem, no qual se devem reunir elementos capazes de supor que as instituições de base e as decisões políticas de uma sociedade receberiam a aprovação não coercitiva de todos os interessados, caso eles pudessem discursivamente, de forma livre e igual, participar da formação daquela vontade (HABERMAS, 1983, p. 226). As premissas guiadoras da democracia são o livre acordo e a formação discursiva da vontade, o que contradizem as teorias normativa e realista da democracia.

Ao tomar o conceito de Habermas como definição de democracia deliberativa, é possível se aproximar de outro argumento favorável à mediação de conflitos como melhor forma de garantir o acesso à justiça. Anteriormente, quando se estabeleceram as bases conceituais da mediação, restou esclarecida sua função dialógica, como procedimento no qual as partes em conflito são capazes e responsáveis pela solução das próprias questões controvertidas. Voltando-se as atenções novamente ao artigo segundo do Código de Processo Civil Brasileiro, confirma-se a ampliação do direito fundamental de acesso à justiça (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV), que não mais se restringe à instrução processual litigiosa, mas, antes, às possibilidades todas trazidas por um Sistema de Justiça Multiportas.

Percebe-se, então, que o Poder Judiciário deixa de ser protagonista na solução de conflitos, onde as partes assumem o controle da autonomia das

suas vontades e decidem as próprias controvérsias com auxílio de um terceiro imparcial, não julgador, seja na mediação extrajudicial ou na mediação judicial – frise-se que o juiz não atua como mediador e essa função é reservada para profissionais habilitados especificamente para a atividade. Se o Estado perde o protagonismo no papel de julgar, por outro lado, ele mantém sua obrigação de garantir o acesso à justiça. Pergunta-se: diante dessas transformações normativas e sociais que cercam o sistema de justiça atualmente, quais os papéis que o Estado passa a desempenhar? Depreende-se que o acesso à justiça deve ser assegurado de outras formas, se não por um Poder Judiciário que diz o direito compulsoriamente em todos os casos concretos, o de promotor de uma política pública eficaz de mediação. A mediação de conflitos deve ser promovida e incentivada pelo Estado e pelas instituições que nele se legitimam, de modo a realizar o acesso à justiça mais célere, autônomo, satisfatório, pacificador e solidário.

Falar da mediação como política pública, desse modo, é antes de tudo pensar em saídas democráticas para a administração de conflitos. A ideia da mediação reúne, em si, os elementos necessários para ser identificada como política pública. Trata-se de orientação para a ação pública, que envolve não apenas o Estado, mas com o seu conjunto institucional (normas, estruturas, teorias, fundamentos, etc.) abraça especialmente a sociedade, as pessoas fora das elites, os problemas públicos que nem sempre são prioritários, enfim. A proposta da mediação enquanto uma política pública, pensada nessa perspectiva mais abstrata, como demonstrada em linhas iniciais deste trabalho, aspira às implementações práticas muito mais concretas. Por certo, de tão múltiplos os problemas a tratar por meio da mediação, inúmeras precisam ser as propostas concretas – mais pragmáticas e menos teóricas que este trabalho pretendeu ser – variando-se suas características conforme as especificidades dos problemas públicos que estejam no seu alvo. É dizer, por fim, que pensar mediação como política pública é uma base inicial necessária para construir e proliferar propostas de ampliação do uso desse instrumento nas mais variadas instâncias e nos mais diversificados casos problemáticos. Esse pensamento encontra um porto seguro nas plataformas democráticas, em que se compreende que a construção de uma democracia depende diretamente dos processos discursivos na formação das decisões sobre os problemas públicos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de pesquisa contou com uma investigação a partir dos novos dispositivos legais publicados no ano de 2015 no Brasil, a saber, o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação. Foi possível cotejar esses instrumentos normativos com a Constituição Federal de 1988, especificamente quanto ao direito fundamental de acesso à justiça constante no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna. Entende-se que as leis promulgadas tive-

ram o condão de ampliar a compreensão do direito de acesso à justiça, instituindo um Sistema de Justiça Multiportas, que reduz o protagonismo da figura judicante do Estado. Ao propor uma cultura de mediação, na qual o papel do Estado passa a ser promover e estimular os meios consensuais de resolução de disputas, como a mediação, em detrimento da estrutura judicial litigiosa tradicional no país, esta pesquisa pretende descrever esse novo papel do Estado, que nasce da mesma obrigação anterior – promover a justiça, mas, agora, por meio de uma política pública de gestão dialógica de conflitos.

Cumprе ressaltar a relevância da temática de políticas públicas no Brasil, cujo objetivo é justamente tratar problemas públicos, a partir da deliberação pública e por meio do poder coercitivo estatal. Neste sentido, conclui-se que a política pública de acesso à justiça no Brasil deve considerar a concretização da nova legislação, a ampliação do sentido de justiça, e, portanto, representa uma política de promoção da mediação de conflitos como meio mais adequado para o tratamento das disputas dentro de relações interpessoais continuadas. Essa identificação corresponde não apenas à resolução do conflito, mas, também, a pacificação das relações sociais, a ratificação da autonomia da vontade e a reformulação das habilidades comunicativas dos cidadãos, que são também capazes de construir os próprios direitos e responsabilidades em cada caso concreto.

REFEFÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. Revista de Informação Legislativa. Ano 34. Número 133. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas. Janeiro/Março 1997.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei 13.105/2015. *Código de Processo Civil*. 16 de março de 2015.
- BRASIL. Lei 13.140/2015. *Lei de Mediação*. 26 de junho de 2015.
- GIL, Antonio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HANSEN, Gilvan Luiz. *A razão entre a violência e a emancipação: um enfo-*

que habermasiano. *Veritas* (Porto Alegre), v. 52, p. 79-93, 2007.

MIRANDA, Ana Karine Pessoa Cavalcante. *A mediação de conflitos como instrumento de acesso à justiça, inclusão social e pacificação social*. In: SALES, Lilia Maria de Moraes (Org.). *Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate*. Fortaleza: Gráfica Unifor, 2005.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*. Porto Alegre: Editora Artes Médicas, 1998.

MUNIZ, Mirian Blanco. *Uma outra verdade na mediação*. São Paulo: Dash, 2013.

MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert E. *The Oxford handbook of public policy*. New York: Oxford University Press Inc., 2006.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise e casos políticos*. 3. ed. São Paulo: Cengage, 2017.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1999.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. *A cultura de litígio e o ensino jurídico no Brasil. Diálogos sobre a Justiça*, v. 3, p. 52-62, 2014.

FUKS, Mário; PERISSINOTTO, Renato Monseff & SOUZA, Nelson Rosário (orgs.). 2004. *Democracia e participação: os conselhos gestores do Paraná*. Curitiba: UFPR.

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*. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ACESSO À JUSTIÇA PELA MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM

Élida Cavalcante Costa

*Centro Universitário Plínio Leite – UNIPLI, Mestre Ciên. Saúde e Ambiente,
Niterói/RJ, Brasil
elidacosta242@hotmail.*

Júlio César Ferreira Coelho

*Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO, Bacharel em Direito,
Niterói/RJ, Brasil
jcf_coelho@yahoo.com.br*

Cynthia Brulon

*Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro, Bacharel em Direito,
Niterói/RJ, Brasil
bruloncynthia@gmail.com*

RESUMO

Acessar a justiça não se limita a conceder ao indivíduo apenas opções de portas de entrada em um sistema judiciário, cuja finalidade precípua seja a resolução do conflito através de uma decisão imperativa proferida por um sujeito imparcial do Estado. Por meio do método de análise de documentos, o presente artigo visa demonstrar que o verdadeiro significado do acesso à justiça é mais abrangente, concentrando-se na busca pela justiça através de um sistema estruturado que faculte aos indivíduos outras opções de resoluções dos litígios, fomentando as soluções consensuais e alternativas ao processo tradicional, as quais harmonizam as relações e colaboram, de forma mais eficiente, para a pacificação social através do consenso. Dentre os institutos presentes no processo civil, assim como em outras matérias processuais temos, a conciliação, mediação e a arbitragem. Esta última, regrada por legislação específica, também compõe os meios alternativos de solução de controvérsias que hoje se comportam como coadjuvantes no acesso à Justiça, apontando caminhos extrajudiciais. A Lei Maior, quando define a prioridade ao acesso à justiça, está a indicar que o interesse é que, o cidadão obtenha uma solução justa para o seu conflito, independentemente de qualquer provocação ao Judiciário. Existindo procedimento autorizado em lei, mesmo que extrajudicial apto a resolver o conflito de forma justa, imparcial e atendendo à vontade das partes interessadas, estar-se-á praticando justiça. Resta claro que a adoção dos meios alternativos visa preencher um vácuo de eficiência do sistema processual e do Poder Judiciário, incentivando que os meios de

resolução dos conflitos não pode se restringir aos argumentos de celeridade e esvaziamento do Judiciário.

Palavras-chave: Resumo; Acesso a Justiça; Conciliação; Mediação; Arbitragem; Direi-to Processual Civil; Brasil.

INTRODUÇÃO

A necessidade de aprimoramento do processo tradicional de acesso à Justiça trouxe à toa o debate doutrinário sobre o sistema de resolução de conflito entre as partes, que não se mostrou apto a tornar eficaz a tutela jurisdicional e promover a pacificação social.

O acesso à Justiça encontra-se no rol dos princípios mais estudados pela doutrina moderna, considerado direito fundamental integrante do mínimo existencial do indivíduo ligado à dignidade da pessoa humana, já que o direito deste à Justiça precede, muitas vezes, o direito à saúde, educação e assistência.

O acesso à justiça, além de garantir o direito do cidadão se socorrer junto ao Poder Judiciário, visa conceder à parte uma solução justa do conflito.

A relação do acesso à justiça com os meios alternativos de solução de controvérsias restou destacada no Novo Código de Processo Civil. Dentre as normas fundamentais do Novo CPC, no mesmo dispositivo em que é tratado, o legislador fez questão de ressaltar a importância da solução consensual, enumerando a arbitragem, conciliação, mediação e outros métodos consensuais que deverão ser estimulados pelos juristas.

Como já indicado no título do presente artigo, buscaremos demonstrar a necessária influência e aplicação da conciliação no âmbito judicial, hipótese rechaçada por alguns profissionais e até mesmo partes da lide processual.

Induvidoso que uma das características marcantes da nova relação processual, é a necessária celeridade, posto que hodiernamente, demandas com menos complexidade podem fácil e rapidamente serem solucionadas no âmbito da conciliação ou demais formas de resolução de conflitos sem que sejam prolongadas suas discussões. Tornando necessário apenas ocupar a máquina do judiciário para alcançar a pretensão e levando às partes sua real participação e comprometimento a cerca da satisfação sob o olhar técnico atento para que a condição mais justa seja acertada e que nenhuma das partes se perceba em desvantagem e desvalorização de seu posicionamento sobre a conclusão do entendimento.

Considerando que os meios alternativos de solução de conflitos caminhem de mãos dadas com o princípio da celeridade, onde a não observância pode ser considerada verdadeira incoerência, pois um dos impactos que pode causar às partes e a sociedade é o sentimento de ausência de efetividade da justiça.

O objetivo do presente artigo é provocar uma reflexão e um olhar manso e receptor desses meios em múltiplos ramos do direito para o alcance da pacificação social, gerando maior segurança jurídica.

1. ACESSO À JUSTIÇA

A conceituação de acesso à justiça guarda plena convergência com a história do Estado. Antes da definição do acesso à justiça, passa-se por uma construção do conceito de justiça, definindo a competência e legitimidade do Estado como responsáveis pela promoção da resolução do conflito. Nessa linha, os conceitos evoluem se transformam e implicam em mudanças na forma de como a sociedade enxerga a noção de Justiça.

Na antiguidade, a relação do direito com religião era intensa, simbiótica. O julgamento do soberano emanaria de poder divino, o que praticamente tornava inquestionável a decisão. A evolução do Estado permite que este assuma a legitimidade para resolver conflitos entre cidadãos, porém são diversas etapas percorridas até alcançar o cenário atual.

Objetivando conceder resposta aos novos tipos de conflitos advindos do novo formato de Estado, a legislação brasileira se aperfeiçoou, surgindo novos diplomas capazes de regulamentar os novos flancos do direito.

Em 1932, foi criada no Brasil a Justiça Eleitoral, permitindo a atuação do Poder Judiciário para o fim de preservar a lisura do processo eleitoral e resguardar a legitimidade da vontade das urnas. Sublinhe-se, a respeito, a instituição do Primeiro Código Eleitoral brasileiro, em 1932, por meio do Decreto nº 21.076, com o objetivo de reformar a legislação eleitoral existente no país e adotar o voto secreto, o voto feminino e o sistema de representação proporcional de votação.

A criação da Justiça do Trabalho em 1939 é outro marco indicativo da evolução legislativa de um Estado Social, visto que a existência de uma Justiça Especializada, autônoma e independente, na defesa dos interesses dos trabalhadores significa um passo social importante na estruturação judiciária.

O Decreto-Lei 1.608, de 1939, que cria o Código de Processo Civil, também se insere com grande relevância no contexto histórico de ampliação de acesso à Justiça no Brasil.

A Lei 1.060 de 1950, que regulamentou a concessão da assistência judiciária gratuita, ampliou o acesso à Justiça às pessoas economicamente hipossuficientes, que não podem suportar os ônus financeiros do processo. Da mesma forma, as Leis n. 1.533, de 1951, e 4.717, de 1965, que regulamentaram o mandado de segurança e a ação popular, respectivamente, criaram instrumentos processuais importantíssimos de controle dos atos da Administração Pública.

A criação de novos direitos combinada com a nova legislação processual e a ineficiência do Estado de assegurar os direitos sociais prometidos favoreceram ao aumento contínuo da procura pelo Poder Judiciário, o que culminou nos conhecidos problemas relacionados à morosidade da Justiça, desde aquela época.

Alguns anos depois, foi elaborado um novo Código de Processo Civil, a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

No Brasil, o Constitucionalismo contemporâneo e o paradigma do Estado Democrático de Direito emergiram com o advento da Constituição da República de 1988, com ampla reestruturação do Estado, especialmente do Poder Judiciário, acompanhada da garantia de novos direitos.

No atual momento de uma sociedade informatizada, tecnológica e com o crescente aumento de litígios, as ferramentas e instrumentos de resolução de conflitos devem ser reinventados para dar uma resposta eficiente almejada pela sociedade. A legislação pertinente ao processo eletrônico reflete a modernização natural do processo e, sem dúvida, também deve ser lembrada como norma afeta ao acesso à justiça, posto que o objetivo primordial do processo eletrônico é conferir agilidade, otimização e segurança nas relações processuais. A informatização do processo judicial significou mais um ingrediente na busca pelo acesso à justiça.

A ineficiência e a morosidade do Poder Judiciário passaram a integrar nas últimas décadas a pauta do Congresso Nacional, do Executivo, através do Ministério da Justiça, e do próprio Poder Judiciário que tenta implantar novas políticas de gestão e tramitação processual para aceleração da prestação jurisdicional. Disseminou-se no Brasil a falsa ideia de que os “defeitos” da legislação processual seriam os principais responsáveis pela morosidade judicial, o que gerou uma onda de reformas legislativas.

Importante alertar, contudo, que a “Crise do Poder Judiciário” não pode ser entendida de forma simplista como se fosse apenas uma questão de direito processual, quando, na verdade, ela envolve uma crise de todo o Sistema de Justiça e até mesmo do próprio Estado que não consegue, já há muito tempo, proporcionar a satisfação do cidadão com o acesso aos serviços públicos essenciais de qualidade.

O gigantismo da estrutura do Poder Judiciário no Brasil se dá muitas vezes pela ausência de planejamento estratégico efetivo na distribuição dos órgãos jurisdicionais. Não raras vezes, a criação e instalação de órgãos de primeira instância do Poder Judiciário são motivadas por interesses e interferências muito mais políticas do que técnicas para melhor equilíbrio e organização da Justiça. De igual modo, a não criação de órgãos necessários também ocorre por motivações divorciadas da análise técnica e estratégica necessária para a melhor dis-

tribuição do Sistema de Justiça. A ausência de planejamento gera, enfim, custos desnecessários e ineficiência da atividade jurisdicional no Brasil.

Nessa toada, conclui-se que a evolução da legislação não pode ater-se exclusivamente a processo ou a ritos, mas deve focar novas normas que interfiram e oxigenem todo sistema estrutural de justiça, buscando uma mudança de filosofia enraizada de que o processo é um mero instrumento de resolução de conflito. A legislação deve caminhar para uma leitura preventiva, com foco na pacificação da sociedade, com medidas alternativas a tradicional e ineficaz forma de resolução de conflito.

As modificações legislativas pontuais iniciadas na década de 90 mostraram-se, ao longo dos anos, insuficientes para a resolução da crise, o que aprofundou o debate sobre a necessidade de reforma do próprio Poder Judiciário, culminando com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) n. 45, de 2004. Com o propósito de implementar a reforma constitucional preconizada pela referida emenda, foi subscrito pelos chefes dos três Poderes da República, em dezembro de 2004, um Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano, consubstanciado em vários compromissos fundamentais, entre os quais, destacam-se a reforma do sistema recursal e dos procedimentos para desburocratizar o processo, a implementação da informatização, além de se estabelecer uma política de coerência entre a atuação administrativa e as orientações juris-prudenciais já pacificadas para diminuir a litigiosidade.

Envolto por um contexto social ainda de muito descrédito em relação à celeridade e eficiência do Poder Judiciário, firmou-se, em abril de 2009, o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo. Para a consecução dos objetivos estabelecidos no referido Pacto, foram assumidos novos compromissos públicos na linha do primeiro pacto firmado. Entre outros pontos, firmou-se o compromisso de fortalecer as Defensorias Públicas, a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, além de incentivar a ampliação da edição de súmulas administrativas e a constituição de Câmaras de Conciliação no intuito de diminuir a litigiosidade, sobretudo envolvendo os entes públicos considerados os maiores litigantes do Sistema de Justiça.

Coroando todo o ciclo de modificações legislativas do Sistema de Justiça ao longo dos últimos vinte anos, foi sancionada a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, com sua entrada em vigor a partir de março de 2016, que instituiu o novo Código de Processo Civil. A novel legislação processual sistematizou as reformas pontuais já implantadas na legislação em vigor, no intuito de conferir maior funcionalidade, e também buscou inovar o direito processual com novas técnicas processuais de julgamento dos conflitos.

O CPC de 2015 consagra, nessa esteira, o denominado “princípio do estímulo da solução por autocomposição”, a orientar toda a atividade estatal na

solução dos conflitos jurídicos. No seu art. 3º, § 3º, o Código de Processo Civil prevê que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Poucos meses após a edição do Novo CPC, foi publicada a Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

2. A CONCILIAÇÃO COMO MEIO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

A conciliação, a mediação e a arbitragem

Embora se saiba da existência de várias formas alternativas à jurisdição estatal para a resolução dos conflitos,

Indubitavelmente, nem sempre a solução mais justa será aquela advinda de um conflito resolvido pelo Judiciário, seja pelo desrespeito à celeridade processual e duração razoável do processo ou, ainda, pela falta de expertise do magistrado em analisar determinada matéria. Em alguns casos, a análise técnica através de árbitros especializados pode levar a uma definição mais justa e eficiente. Do mesmo modo, um acordo entre as partes evita (ou pelo menos diminui) o dispêndio financeiro e emocional de um processo que se arrasta por anos.

A verticalização e submissão às decisões judiciais, após um conflito duradouro, dispendioso e estressante, não pode ser considerada solução justa e efetiva. A melhor solução para um conflito é aquela que se aproxima de uma deliberação horizontal, fincada na autonomia da vontade das partes, que assumem papel de colaboradores, em vez de adversários.

O ultrapassado entendimento de impossibilidade de utilização de mecanismos e instrumentos consensuais em sede de direitos indisponíveis ou dito interesses públicos, concedeu espaço a novas inserções nos diplomas legais, em busca de uma justiça colaborativa, participativa, restaurativa. O processo tem se mostrado incapaz de dar uma solução justa e efetiva ao crescente volume de litígios, transbordam críticas ao excessivo prestígio da visão litigiosa e da teoria do conflito.

Modernamente, opta-se por não mais se utilizar a terminologia “meios alternativos”, considerando-se inoportuna. Diz-se, então, dos meios consensuais de resolução de conflitos, que são todas as formas de resolver controvérsias pela vontade das partes, fora da jurisdição estatal ou sem sua interferência direta, ainda que dentro de um processo judicial. Envolvem a utilização de técnicas autocompositivas (quando as partes decidem a questão relevante, de maneira

autônoma ou mediante a intervenção de um terceiro neutro, como a negociação, a conciliação e a mediação) ou heterocompositivas (quando há a intervenção de um terceiro que, como o juiz, adjudica uma solução ao caso sob análise, como a arbitragem e a avaliação).

No sistema jurídico brasileiro, as três principais formas de re-solução consensual de conflitos são a conciliação, a mediação e arbitragem.

2.1. Conciliação

A conciliação se apresenta como método de resolução que, por meio da intervenção de um terceiro facilitador, tem como única finalidade a composição do conflito. Embora com passagem obrigatória pela análise do conflito, o objetivo primordial da conciliação é a solução do problema, o alcance de um acordo razoável para colocar fim ao litígio, dando relevo à autonomia da vontade das partes.

Trata-se do método autocompositivo mais adequado para os conflitos de características objetivas, nos quais as partes não necessariamente manterão relação posterior ao litígio, sem convivência ou vínculo pessoal a ser preservado. Embora se possa falar de conciliação em conflitos pontuais nascidos de relações permanentes, a técnica não leva em consideração a relação continuada, tendo como foco a solução do conflito posto.

A técnica da conciliação conduz as partes a transacionar com o objeto do litígio, cada qual abrindo mão de parte do que pretendia ganhar com uma resposta heterocomposta, com a finalidade de pacificar o conflito.

2.2. Mediação

É o método pelo qual um terceiro, neutro em relação às partes e com treinamento especial, realiza a intermediação da comunicação entre eles, atuando na raiz do conflito surgido. Sua intenção primordial não é propriamente conferir uma resposta ao conflito, mas trabalhar as suas causas e consequências, uma vez que é o método mais adequado a resolver litígios envolvendo pessoas que ainda terão uma convivência futura.

Fernanda Tartuce define a mediação como “atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual.” (TARCUCE, 2008, P.208).

Segundo Humberto Dalla:

A mediação é como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução

do conflito. Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual. (PINHO, 2005).

Entende-se indicada para as situações de conflito em que haja um vínculo continuado entre os indivíduos envolvidos, já que tem como objeto a análise abrangente da situação conflituosa, não pretendendo apenas dar-lhe um fim. Interessa-se a mediação em resgatar a qualidade da comunicação das partes, mais do que buscar um acordo entre elas.

Dessa forma, como nos esclarece Cahali:

Uma mediação pode ser considerada bem-sucedida ainda que as partes em conflito não tenham conseguido resolver o conflito que as levou ao procedimento em primeiro lugar, desde que tenha havido transformação na relação em decorrência da mediação e que as partes tenham desenvolvido novas formas de comunicação, de modo a prevenir o surgimento de outras disputas, suavizando a relação. (CAHALI, 2014, P.59).

A Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) prevê a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos para mediar a composição entre órgãos da administração pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público e, ainda, promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. No mesmo sentido, a nova lei processual civil destinou seção específica para tratar dos conciliadores e mediadores judiciais, a partir do art. 165.

2.3. Arbitragem

É uma forma de heterocomposição de litígios ao lado da jurisdição estatal, pela qual as partes, em comum acordo, estabelecem que um terceiro ou colegiado, que terá poderes para solucionar a controvérsia entre eles, sem a intervenção estatal. Essa decisão tem a mesma eficácia de uma sentença judicial e se impõe aos litigantes.

Uma das principais vantagens na utilização da arbitragem é a possibilidade de escolha do árbitro de acordo com a vontade das partes, que podem optar por pessoa especializada, tecnicamente preparada para decidir sobre o objeto do litígio, muitas vezes relacionado a um tema deveras específico que demanda a escolha de um expert.

Feita a opção pela utilização da arbitragem por meio da convenção arbitral (que pode ser uma cláusula contratual ou compromisso à parte), as partes devem levá-la a efeito, de modo que a existência da convenção de arbitragem é causa impeditiva do ajuizamento de demanda judicial com o mesmo objeto. “Além disso, uma parte pode instituir de maneira forçada a arbitragem, ainda

que a outra assim se oponha na presença de convenção de arbitragem.” (CAHALI, 2014, p. 85).

Segundo Humberto Dalla,

A arbitragem pode ser convencionada antes (cláusula compromissória) ou depois (compromisso arbitral) do litígio, sendo certo ainda que o procedimento arbitral pode se dar pelas regras ordinárias de direito ou por equidade, conforme a expressa vontade das partes. (DALLA, Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. V. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em: 10 set. 2019).

Ainda que no Brasil a opção primordial para a resolução dos litígios seja a adjudicação estatal, na atualidade a utilização da arbitragem tem crescido bastante, principalmente na resolução de conflitos nascidos de relações contratuais. Pode-se afirmar que existem inúmeras Câmaras de Arbitragem em funcionamento, mormente nos estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo, e as pessoas têm cada vez mais demonstrado confiança nos serviços prestados pelos árbitros. As características mais buscadas na arbitragem são a especialização do árbitro, a rapidez no julgamento, com prazos bem definidos, bem como a possibilidade de adoção de um calendário ex-presso a respeito do andamento do feito.

Todavia, a arbitragem possui limitações de matéria, de modo que não pode ser utilizada para a resolução de qualquer conflito. A Lei de Regência (Lei nº 9.307/1996) dispõe, em seu art. 1º: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. A Lei de Arbitragem, no mesmo sentido, amplia o espectro da utilização deste meio alternativo para conflitos envolvendo a administração pública. A Lei nº 13.129/2015 alterou a Lei nº 9.307/1996 para prever expressamente que a administração pública poderá recorrer à arbitragem para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Tal limitação indica não ser possível a utilização livre da arbitragem para a resolução de qualquer conflito de interesse, como no caso do direito eleitoral, em que a legislação outorga, exclusivamente, à Justiça Eleitoral a interpretação e definição das regras do processo eleitoral. Em vista do objeto restrito do presente estudo e das discussões a respeito do seu cabimento para os conflitos de natureza eleitoral, restringir-se-á a análise da forma de composição consensual mais utilizada em direito eleitoral, qual seja, a conciliação. A Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) prevê a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos para mediar a composição entre órgãos da administração pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público e, ainda, promover, quando couber, a celebração de

termo de ajustamento de conduta. No mesmo sentido, a nova lei processual civil destinou seção específica para tratar dos conciliadores e mediadores judiciais, a partir do art. 165.

CONCLUSÃO

Como vimos, o grande desafio do direito moderno é conceber a melhor definição do verdadeiro sentido do acesso à Justiça, aperfeiçoando a legislação e aprimorando os instrumentos disponíveis para garantir ao indivíduo o direito de obter do Estado a proteção efetiva dos seus interesses. O real significado do princípio fundamental do acesso à Justiça ultrapassa a mera perspectiva de ajuizamento de uma ação, pois abrange a obtenção de um resultado justo para o conflito, dentro de prazo razoável, através do uso de meios adequados.

As razões para a crise do Poder Judiciário, consoante exposto com detalhes no capítulo inaugural, são inúmeras. Entre as mais destacadas causas estão a interpretação equivocada do art. 5º, inciso XXXV, que trata do acesso à Justiça, a ampliação do papel do Judiciário como consequência da democratização, a complexidade das relações intersubjetivas da sociedade moderna, as transformações culturais, econômicas e sociais ocorridas nas últimas décadas, a paralisia governamental, a estrutura judiciária mal dimensionada e gerida, o congestionamento dos diversos tribunais, a morosidade dos procedimentos consagrados nas respectivas legislações e a ineficiência de órgãos administrativos.

Partindo da ideia do acesso à Justiça, transitando pela construção das fases e ondas que embasaram e condensaram o estudo doutrinário sobre tão relevante tema do direito, a evolução legislativa brasileira demonstra a preocupação em ampliar os meios de resolução de conflitos, além do tradicional processo que culmina em uma decisão imperativa, que nem sempre promove a pacificação social e estabiliza as relações. De qualquer forma, registrou-se que a solução para qualquer crise judiciária não passa exclusivamente pelo esvaziamento do Judiciário com a simples e isolada adoção de meios consensuais ou alternativos, posto que são diversos os fatores estruturais e culturais que tornam ineficiente a prestação jurisdicional. Os meios alternativos e consensuais são apenas alguns dos ingredientes indispensáveis para a implementação de uma prestação jurisdicional eficiente e justa.

Objetivando minimizar a crise judiciária, inúmeras reformas processuais foram incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, tais como as tutelas diferenciadas, a criação do Conselho Nacional de Justiça, a súmula vinculante e a repercussão geral de questões constitucionais e, mais recentemente, o fomento dos meios consensuais de resolução de conflitos.

O acesso à Justiça não pode ser confundido com o acesso ao Poder Judiciário. Na verdade, deve ser interpretado como acesso à ordem jurídica justa e

efetiva, o que inclui além da via tradicional judicial, métodos consensuais de resolução de conflitos – como a conciliação, que este estudo tem como objeto específico. A justiça deve, em suma, ser compartilhada, com efetiva colaboração das partes interessadas.

Nesse diapasão, após a demonstração de absoluta coerência do uso de meios consensuais no direito processual, o presente artigo buscou tecer breves considerações sobre importantes instrumentos alternativos de resolução de controvérsias, como a conciliação, mediação e arbitragem, apontando as diferenças básicas entre os mesmos.

Vale destacar que a consensualidade não está restrita ao direito privado ou a particulares, ao contrário, o direito público cada vez mais deve se socorrer ao consenso para colocar fim a litígios, sem perder de vista o verdadeiro interesse público, que nem sempre é indisponível ou intransigível.

Os exemplos no campo do direito penal e processual penal, como a transação penal, composição civil dos danos, suspensão condicional do processo até os acordos de leniência e colaboração premiada são a prova irrefutável do incremento de uma justiça consensual. Também se identificam exemplos aplicados com sucesso no direito administrativo e trabalhista, como forma de ilustrar subsistemas que convergem com o direito público e também adotam meios consensuais para resolver os conflitos.

Conclui-se, portanto, que a conciliação é um meio plenamente adequado para a resolução e a prevenção de conflitos em qualquer que seja a esfera processual, haja vista sua compatibilidade sistêmica, resguardada e preservada a intransigibilidade atinente às hipóteses que versam sobre violação grave ao ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm. Acesso em: 10 set. 2019, 05:40:08.

BRASIL. Decreto nº 359, de 26 de abril de 1980. Revoga as leis que exigem a tentativa da conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas cíveis e comerciais. Publicação original, p. 684, col. 1. (Coleção de Leis do Brasil de 31/12/1890, v. 3). Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=359&tipo_norma=DEC&data=18900426&link=s. Acesso em: 10 set. 2019, 10:05:12.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil – Exposição de Motivos. CLBR de 1939. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc>. Acesso em: 10 set. de 2019, 18:20:03.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação – A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, Geraldo (Org.). Acesso à Justiça: efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A resignificação do princípio do acesso à Justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. Revista de Processo, v. 254, abr. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. V. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23027/16438>. Acesso em: 20 set. 2019.

TARTUCE, Fernanda. Mediação dos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008.

ARBITRAGEM NA ERA DO E-COMMERCE

Juliana Machado Nobre

*Universidade Federal Fluminense, Graduanda em Direito,
Rio de Janeiro, Brasil,
juliananobre@id.uff.br*

Luiza Pessoa Nabuco

*Universidade Federal Fluminense, Graduanda em Direito,
Rio de Janeiro, Brasil,
nabucoluiza@gmail.com*

Marcella da Costa Moreira Paiva

*Universidade Salgado de Oliveira, NEPAC, Professora, Rio de Janeiro, Brasil.
Universidade Federal Fluminense, Doutoranda, Rio de Janeiro, Brasil.
marcellacmpaiva@hotmail.com*

RESUMO

A arbitragem, bem como os demais institutos jurídicos, não está imune às mudanças exigidas pela reflexibilidade da sociedade moderna tardia. Com isso, deve-se revisar conforme as novas informações e tecnologias desenvolvidas. Como é cediço, inserimo-nos em um período denominado por alguns de era das informações, em que há rápido desenvolvimento tecnológico e há a expansão do e-commerce (comércio digital ou eletrônico). O comércio digital acarreta novas exigências para os métodos *offline* de resolução de conflitos, que não se adequam às necessidades do meio digital. Dentre estas, requer-se que a solução de controvérsias por meio eletrônico, tendo em vista a impossibilidade territorial de as partes se encontrarem para tanto. Nesse passo, surgem os ODR (Online Dispute Resolution) para atender tais questões, com perspectivas e problemas distintos dos meios analógicos. A e-arbitration ou arbitragem online é criada em meio ao mencionado cenário, e enfrenta dificuldades com relação à cláusula de arbitragem digital, ao funcionamento das plataformas online e à segurança de dados, objetos do presente artigo, que são abordados mediante o método bibliográfico.

Palavras-chave: Arbitragem online; E-arbitration; E-commerce; Proteção de dados; Convenção de arbitragem online.

INTRODUÇÃO

Devido à diversas alterações ocorridas na forma como se dá as interações humanas, o modelo judicial tradicional – onde se vê uma sobreposição da

vontade do magistrado sobre o querer das partes – foi, gradativamente, sendo absorvido pelas novas práticas alternativas de resolução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Ou seja, a busca pelo diálogo e pela comunicação entre os conflitantes trilha seus primeiros passos como solução eficaz para encerrar o litígio.

Com o desenvolvimento da tecnologia e de novos instrumentos de relações jurídicas, a cibernética começou a conquistar mais espaços no cenário da resolução de conflitos, uma vez que trouxe uma roupagem distinta de comunicação e troca entre as pessoas, principalmente na seara consumerista. Ora, é exatamente por isto, que não há como negar que a *internet* influencia a evolução de toda a sociedade, seja em seus conflitos diários, seja na própria resolução deles.

Sendo assim, é de se esperar que o ciberespaço não seja o ambiente mais harmônico de todos. Nenhum cenário onde há comunicação, convívio ou troca mútua entre pessoas é, naturalmente, equilibrado. Assim, se as insatisfações são advindas de negociações travadas virtualmente, nada mais plausível do que criar ferramentas *online* para dirimir as próprias contendas decorrentes da atividade humana na rede virtual, sob pena de tais negócios serem decididos pelo Poder Judiciário, contrariando a ideia de resolução alternativa de litígios.

Isto posto, evidente que estamos diante de uma nova forma de relação jurídica, não há mais um contato físico inerente à comunicação social. Tudo é virtual, *online* e instantâneo, inclusive os litígios. É por tal motivo que o Direito - como reflexo da própria sociedade - deve buscar parâmetros e ferramentas adequadas a fim de preservar o cenário da arbitragem na era do e-commerce.

A arbitragem, bem como os demais institutos jurídicos, não está imune às mudanças exigidas pela flexibilidade da sociedade moderna tardia. Com isso, deve-se revisar conforme as novas informações e tecnologias desenvolvidas. Como é cediço, inserimo-nos em um período denominado por alguns de era das informações, em que há rápido desenvolvimento tecnológico e há a expansão do e-commerce (comércio digital ou eletrônico). O comércio digital acarreta novas exigências para os métodos *offline* de resolução de conflitos, que não se adequam às necessidades do meio digital. Dentre estas, requer-se que a solução de controvérsias por meio eletrônico, tendo em vista a impossibilidade territorial de as partes se encontrarem para tanto. Nesse passo, surgem os ODR (Online Dispute Resolution) para atender tais questões, com perspectivas e problemas distintos dos meio analógicos.

Os meios de Resolução Alternativa de Litígios (ADR) trazem uma mentalidade diversa, isto é não é mais o Poder Judiciário o possuidor do monopólio da resolução de conflitos, os próprios particulares, gradativamente, foram assumindo uma posição ativa na resolução de seus próprios problemas. Com a Resolução Online de Litígios (ODR) não pode ser diferente, diante da globalização e da intensa troca de informações em escala mundial, a tecnologia foi se aperfeiço-

ando e alcançando outras áreas, como a arbitragem, dando azo à discussão aqui apresentada.

A e-arbitration ou arbitragem online é criada em meio ao mencionado cenário, e enfrenta dificuldades com relação à cláusula de arbitragem digital, ao funcionamento das plataformas online e à segurança de dados, os quais serão abordados no presente artigo, mediante a apresentação do entendimento da moderna doutrina nacional e internacional.

1. E-COMMERCE E CLÁUSULAS DE ARBITRAGEM ONLINE

Com a difusão de inúmeros negócios jurídicos por intermédio do comércio eletrônico, foi preciso disciplinar como os aspectos gerais da arbitragem seriam tratados neste novo modelo de resolução online.

Primeiramente, por ser a Lei de Arbitragem 9.307/96 promulgada na década de 90, não há recortes específicos sobre a aplicação das cláusulas de arbitragem na cibernética. Todavia, seu art. 29¹ dispõe que a sentença arbitral poderá ser encaminhada às partes de qualquer meio possível, inclusive por correio eletrônico. Tal assertiva, embora não trate expressamente da possibilidade de se utilizar a arbitragem no mundo virtual, não a veda, o que nos permite afirmar que o diploma está aberto à arbitragem online.

A arbitragem online que, inclusive possui diversas nomenclaturas - sem prejuízo de sua terminologia - como “cyber arbitration”, “online arbitration” e até a sigla de ODR (online disputes resolution) é um modelo de resolução de litígios, virtualmente, onde há uma troca de informações digitais, e todo o procedimento de construção da decisão, ou boa parte dele² é conduzido por aplicativos e plataformas de tecnologia, capazes de promover as devidas informações às partes e a comunicação adequada (KHACHATRYAN, 2016, p. 09).

No mais, as soluções de litígios online podem contribuir com a diminuição do valor das custas e despesas com o processo arbitral. É claro que nem todas as categorias de contribuição poderiam ser minoradas em razão do uso da plataforma virtual, como por exemplo os honorários dos árbitros; mas as even-

¹ Art. 29 da Lei 9.307/96. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

² Segundo Aram Khachatryan, (2016, p. 09) “*For that reason more realistic definition of e-arbitration could describe it as a type of arbitration where at least certain essential steps of arbitration procedure are conducted through electronic means*”, isto é, é possível que existam etapas do procedimento arbitral tradicional que sejam feitas de forma virtual, mas para ser configurada a arbitragem online é necessário que as etapas mais significativas e substanciais do processo arbitral sejam realizadas na plataforma cibernética.

tuais despesas com viagens, hospedagens e alimentação de árbitros, aluguel de locais para conduzir a arbitragem ou realizar uma audiência, algumas taxas de gestão e outros serviços logísticos poderiam até ser cortadas do orçamento se houvesse a adoção do modelo de arbitragem online (KHACHATRYAN, 2016, p. 11).

Igualmente, em razão de sua natureza mais flexível, principalmente no tocante aos seus prazos, a arbitragem tradicional é conhecida por ser mais veloz em relação às demandas judiciais, e, portanto, preferível. No entanto, ainda assim, há quem defenda que a arbitragem tradicional não é tão rápida quanto deveria ser (KHACHATRYAN, 2016, p. 11 e 12). Assim, não é difícil perceber que o uso de um modelo de e-arbitration poderia facilmente aperfeiçoar a arbitragem, já que o processo arbitral não precisaria ficar suspenso até a próxima etapa, bastando que fosse encaminhado um e-mail alertando sobre a videoconferência, o documento a ser enviado ou qualquer outro trâmite.

O uso virtual da arbitragem também pode garantir mais transparência ao processo arbitral, tendo em vista que seria possível às partes o acesso às informações acerca do andamento processual, das medidas adotadas pelo adversário, das audiências com testemunhas e de outras etapas. Com isso, as partes criam mais confiança no modelo de resolução online de disputas, difundindo, gradativamente, a utilização da plataforma do e-commerce (KHACHATRYAN, 2016, p. 12).

Certo é que o mundo eletrônico é responsável por produzir consequências legais, isto é, no ambiente virtual há troca de dados e informações de diversos usuários (MARELLA, 2005, p. 1089) e conseqüentemente, disputas e litígios em que devem ser confrontadas as relações jurídicas dele decorrentes.

Os requisitos e critérios adotados e utilizados nas convenções de arbitragem não são pensados para o mundo virtual, mas ao contrário, foram criados para a arbitragem offline (MARELLA, 2005, pp. 1089-1090) e por este motivo, não são capazes de lidar com demandas virtuais, dando azo à grande discussão acerca da normatização – ou de sua ausência.

Inicialmente, se sabe que a cláusula compromissória é o documento responsável por submeter determinado contrato à arbitragem. Sua relevância é tanta, que em caso de eventual nulidade do negócio jurídico, a cláusula não é extinta, ao contrário, continua existindo, inclusive para conhecer da nulidade da relação jurídica.

Isto posto, indispensável entender como as cláusulas arbitrais podem ser flexibilizadas dentro do cenário da cibernética. A regra é que as partes devem expressar por escrito a vontade de participar da arbitragem, de modo a evitar que haja recurso ao Poder Judiciário, ignorando o pactuado em sentença arbitral. Ocorre que para que a arbitragem online possa ser utilizada, é preciso que

este entendimento seja flexibilizado a fim de considerar como válidos a troca de dados digitais e o acordo feito por correio eletrônico, suprimindo a necessidade de uma manifestação escrita. (KHACHATRYAN, 2016, p. 13).

Outra questão é sobre a determinação do lugar da arbitragem em caso de arbitragem online. Na arbitragem tradicional, a discussão sobre a sede onde ocorrerá a resolução do litígio é válida quando não há previsão expressa do local no compromisso arbitral, e as partes não concordam em juntas escolherem um após o início do procedimento. Com a arbitragem online é possível que em casos como este, seja adotada uma teoria mais territorial do litígio, isto é, uma escolha entre o domicílio das partes ou sede da instituição da arbitragem online (KHACHATRYAN, 2016, p. 11).

Nesse sentido, em caso de e-arbitration, a determinação do lugar da arbitragem é imprescindível para que saiba qual é o direito processual aplicável. Ou seja, é uma condição prévia e indispensável ao regular prosseguimento da arbitragem, isso porque se as partes não acordarem em relação às regras aplicáveis, a cláusula que prevê o local da arbitragem já trará, implicitamente, o sistema que será adotado (KHACHATRYAN, 2016, p. 11 e 12). Há quem defenda que a escolha da sede pelas partes em nada tem a ver com suas preferências pelo direito processual daquele país, mas por uma simples questão de conveniência.

Em síntese, diante da ausência de acordo entre as partes na arbitragem online, há quem entenda que o assento deveria ser: a) onde os servidores estão localizados; b) local onde o computador está baseado; c) local onde os e-mails dos árbitros são enviados e coletados. Sem embargo, é praticamente impossível que haja uma análise verdadeira de qual seria o local adequado de acordo com a intenção e expectativas das partes, os critérios são difíceis (WAHAB, 2011, p. 422).

Logo, na falta de estipulação pelas partes sobre o lugar, afirmam-se alguns critérios preponderantes, como: (a) o tribunal arbitral determinará a sede do tribunal arbitral; (b) o provedor de arbitragem eletrônica determinará a sede; ou (c) o assento deverá ser o da plataforma eletrônica utilizada para a condução do processo e-arbitral (WAHAB, 2011, p. 423).

O que se vê, na verdade, é que a lei substancial que acaba sendo utilizada é a lei nacional do local onde foi estipulada a sede da arbitragem. No entanto, há uma discussão se esta é a melhor ferramenta a ser utilizada, diante do uso da *lex mercatoria*, ou ainda, da *lex informacia*. Esta última consiste em um corpo de regras internacionais de direitos, usos e costumes que devem ser observados quando da efetuação da transação econômica no ciberespaço. Com isso, futuramente, a arbitragem poderia se tornar mais popular e ainda, devido às tais mecanismos, tornar mais fácil a vida dos árbitros na resolução de disputas (KHACHATRYAN, 2016, p. 11 e 12).

Por fim, impende destacar que emissões referentes a prêmios eletrônicos na arbitragem online são: (a) assinaturas eletrônicas de prêmios eletrônicos; (b) notificação eletrônica de prêmios eletrônicos; e (c) aplicabilidade de prêmios eletrônicos. (WAHAB, 2011, p. 424 e 425) Assim, de que modo poderia ser concedido o prêmio na arbitragem online já que tudo é fornecido de alguma forma eletrônica, inclusive as assinaturas?

Neste caso, o prêmio não poderia ser assinado em papel, mas deveria ser compatível com o mundo virtual, e de acordo com as leis do lugar onde foi prestado e da onde será aplicado (KHACHATRYAN, 2016, p. 13).

O desafio é que os prêmios eletrônicos são, usualmente, renderizados no mundo virtual, o que significa dizer que podem ser (i) um registro eletrônico de um prêmio em papel, como um documento em papel digitalizado ou um prêmio de documento original assinado, ou (ii) um e-prêmio que é renderizado em formato eletrônico e assinado digitalmente, e seria este último o que mais nos interessa (WAHAB, 2011, p. 424 e 425).

Nesta esteira, para o sucesso da e-arbitration seria necessário superar quatro principais e iniciais pontos controvertidos sobre o tema: i) a dispensabilidade da convenção de arbitragem ser sempre escrita; ii) a equivalência da forma eletrônica quanto à forma escrita; iii) a desnecessidade da assinatura das partes; iii) a força da assinatura eletrônica. (MARELLA, 2005, pp. 1090-1091).

Todavia, a resposta das indagações acima está na forma de aplicar a arbitragem tendo em vista uma dada jurisdição, ou seja, nesses casos onde a complexidade é patente – e principalmente em razão da ausência de normatização da temática – é indispensável que se aplique as regras relativas à forma da convenção de arbitragem de um único ponto de vista (MARELLA, 2005, p. 1091).

A despeito, o art. II da Convenção de Nova York ressalta que a cláusula de arbitragem deve ser assinada pelas partes. Pois bem, de acordo com o exposto no diploma, não é difícil afirmar que as assinaturas eletrônicas não correspondem à tradicional assinatura das partes, contudo, a Convenção de Nova York dispõe aos árbitros eletrônicos uma cláusula de utilização da legislação mais favorável. Com isso, se vê que a natureza da assinatura online e seus desdobramentos deve ser analisada frente à uma determinada legislação interna, e, principalmente, a um Estado exequatur. (MARELLA, 2005, pp. 1092-1093)

Nas palavras de Mohamed Wahab (2011, p. 424):

However, it would suffice to state that: (i) in so far as the electronic document provides a functional equivalent of a paper document; and (ii) the relevant applicable law of the State of enforcement (the lex loci executionis) subscribes to the functional equivalence doctrine, then the e-award would be considered an original. To that effect, and in accordance with international standards, the writing

requirement would be met if an e-award is accessible so as to be usable for subsequent reference.

No mais, a validade das cláusulas de arbitragem virtuais é ratificada pelas disposições do atual Código Uniforme (Testo Único) e por suas demais regras. Assim, se um documento é gerado através de um computador, dentro do mundo do e-commerce; se estiver em atenção aos requisitos requeridos nos métodos telemáticos, será válido legalmente, e suprirá a exigência escrita. (MARRELLA, 2005, pp. 1092-1093).

Portanto, inegável que a arbitragem online carrega enormes vantagens se comparada à arbitragem tradicional como os custos, a transparência e a celeridade. Não obstante, traz tecnologias mais acessíveis e palpáveis, eis que apresenta um sistema de tecnologia virtual que possibilita a troca de dados e informações com mais eficiência. Nessa esteira, superados os entendimentos iniciais, passamos à análise das diversas plataformas online de arbitragem e da organização do sistema de proteção de dados na *cyber arbitration*.

2. PLATAFORMAS ONLINE DE ARBITRAGEM

A crise existente no sistema jurídico-processual do ocorre, pois, o judiciário encontra-se sobrecarregado, o que torna a solução dos litígios demorada e ineficaz. Nesse cenário torna-se propício para o uso cada vez mais frequentes dos métodos alternativos de resolução de conflitos, como a arbitragem. O tribunal arbitral passa a ser uma ferramenta efetiva para aqueles que buscam a solução mais rápida, e muitas vezes, mais justa para determinados conflitos.

Tal aspecto somado ao aumento do número de negociações realizadas pelo meio virtual abre espaço para a existência de e-resolutions, que são formatos eletrônicos de solução de conflito.

É válido lembrar que no Brasil já vem sendo implementado a virtualização dos processos a aproximadamente três anos. Além disso, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça, criou uma resolução (90 do CNJ artigo 7º), que acelera a informatização processual na primeira e na segunda instância. Isso demonstra que, no Brasil a virtualização dos processos está mais avançada do que a virtualização da solução dos conflitos.

Nessa perspectiva, a arbitragem online, que segue as normas da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, surge como forma de garantir que a solução de litígios também seja informatizada de maneira eficiente. Sobre o fenômeno atual da arbitragem o jurista Caio Cesar Vieira Rocha (2017) acredita que:

Atualmente, todavia, assistimos a um fenômeno inverso, ou seja, ao ressurgimento da arbitragem, determinado, de um lado, pelas deficiências do poder judiciário e, de outro lado, pela hegemonia da ideologia liberal, que

estimula o recurso ao sistema do mercado como mecanismo de regulação das ações sociais, inclusive das conflitivas.

Para que o método seja realizado de forma virtual é necessário que exista uma sentença arbitral formulada pelos árbitros escolhidos de acordo com a vontade das partes como na arbitragem tradicional. A vontade de utilizar a arbitragem online pode ser solicitada por e-mail. E também podem decidir usar ou não recursos audiovisuais para o depoimento das testemunhas ou peritos, como a videoconferência.

As plataformas online de resolução de conflitos estão diretamente relacionadas com a forma com que lidamos com os litígios atualmente. Esse sistema facilita a tramitação do processo arbitral até a solução do conflito. Isso ocorre, pois, reduz-se os custos, já que os procedimentos são automatizados, o que torna possível para as câmaras de Arbitragem Online estabelecer custos fixos e mais baixos. Além disso, esse tipo de processo arbitral tende a ser muito mais rápido, pois não há a necessidade de deslocamentos e audiências presenciais, uma vez que tudo é feito online. Pode-se acrescentar que as decisões costumam ser mais técnicas, já que o árbitro pode ser alguém especialista no assunto do conflito. Também se torna mais viável a possibilidade de acordo devido ao mecanismo “*blind bid*”.

O blind bid consiste em uma ferramenta na qual as partes inserem no sistema um valor pelo qual aceitariam fechar um acordo. No caso de o valor oferecido pelas partes ser próximo o sistema finaliza o litígio. Se não houver acordo a arbitragem segue normalmente sem as partes saberem do valor proposto pela parte contrária. Esse sistema auxilia na resolução mais ágil e eficiente do conflito

Plataformas como a “Arbitranet” estão sendo cada vez mais utilizadas devido aos benefícios expostos anteriormente. Essa modernização dos meios alternativos de resolução de conflitos transformam a forma com que os litígios são encarados no Brasil. Isso ocorre pois a automatização de acordos torna-se um atributo que além de baratear o custo das arbitragens também auxilia na melhora do serviço, uma vez que desde o envio das propostas até a geração e assinatura do termo de acordo acontecem de forma automática dentro de uma plataforma específica.

Existem juristas que questionam se o uso em massa das plataformas online de resolução de conflitos pode gerar um efeito reverso e aumentar consideravelmente o número de demandas, uma vez que facilitam o acesso a arbitragem e a mediação. Questionado sobre isso o advogado da Google, Daniel do Amaral Arbix (2018), responde que:

As demandas represadas pelos custos do acesso à justiça podem representar um ônus emocional para as partes e reforçar injustiças que muitas vezes atingem as pessoas menos favorecidas da sociedade. Quando as rela-

ções entre as partes são pontuadas por problemas, ainda que pequenos, esses atritos podem se acumular ao longo do tempo e resultar em perda de confiança – seja aquela depositada em pessoas, seja em marcas. Por isso mesmo os ganhos sociais de lidarmos de maneira mais inteligente com os conflitos podem ser muito expressivos, em termos econômicos, emocionais e culturais. Sou bastante otimista com relação às tecnologias de resolução de controvérsias, mesmo sabendo que elas podem ser utilizadas de forma oportunista ou, se mal projetadas, gestarem uma sensação de que há muito mais conflitos do que se esperava, ou de que os procedimentos ou os resultados não foram justos. Em ambos os casos, que desafiam também as instituições tradicionais de solução de conflitos, ajustes constantes serão necessários, assim como transparência e responsabilidade do lado dos desenvolvedores e ofertantes destas tecnologias.

Diante disso, pode-se concluir que os potenciais positivos do uso de plataformas online são maiores que os negativos, uma vez que no que diz respeito à arbitragem online, o espontâneo a natureza eletrônica do processo e o envolvimento das partes no mercado eletrônico tendem a favorecer a aplicação adequada do acordo. Além disso, uma vez que as partes não se encontram fisicamente resolução de disputas online, elimina a emoção da disputa e incentiva uma solução racional.

O uso das plataformas online funciona na prática da seguinte forma: Quando existe um desacordo entre as partes que escolhem resolver o litígio por meio da arbitragem online, cabe ao requerente remeter a questão para o tribunal arbitral. Este encaminhamento pode ser elaborado e enviado eletronicamente. A tecnologia segura de assinatura eletrônica permite que o tribunal arbitral tenha certeza que o e-mail de referência é de fato enviado pela pessoa que afirma ser o autor. A instituição arbitral informa ao requerido a existência do processo por e-mail. No caso de arbitragem ad hoc, o requerente terá de notificar o requerido de que é da sua competência para nomear um árbitro. Nesta fase, os procedimentos eletrônicos estão em andamento.

A Solicitação de Arbitragem expõe as reivindicações das partes em questão para o tribunal arbitral resolver. Ele também define as principais regras que governará o procedimento de arbitragem. Em princípio, deve levar a assinatura dos árbitros e das partes, o que também pode ser feito pela via eletrônica. As partes poderiam usar o Pedido de Arbitragem para solicitar a troca documentos eletronicamente ou para decidir sobre a sede da arbitragem eletrônica.

Nesta fase, os litigantes devem apresentar as suas declarações e documentos escritos, que são dirigidos ao árbitro e à parte contrária, a fim de respeitar o princípio da contradição. Nos litígios de comércio eletrônico decorrentes do contrato eletrônico, as partes podem produzir e trocar exclusivamente documentos eletrônicos na forma de arquivos anexados a e-mails.

A organização de audiências eletrônicas é tecnicamente possível, mas envolve recursos técnicos consideráveis, que exigem um determinado custo. Alguns projetos experimentais foram realizados nos Estados Unidos por tribunais estaduais, utilizando salas especialmente preparadas. No curto e médio prazo, arbitragem eletrônica terá que fazer sem audiências eletrônicas reais entre pessoas ausentes se os custos devem ser mantidos sob controle. Os procedimentos arbitrais são possíveis sem uma audiência que reúna as partes e seus representantes legais. No Reino Unido há muito tempo existe a “arbitragem somente de documentos”, não exigindo audiência. A ausência de uma audiência, no entanto, torna o procedimento mais difícil administrar em três aspectos.

Em primeiro lugar, as audiências processuais, que geralmente ocorrem nos tribunais do Estado, muitas vezes permitem uma simples resolução verbal das questões relativas à apresentação de documentos. Nesta situação, há uma troca de correios eletrônicos, garantindo que o princípio da contradição é respeitado. Em segundo lugar, a ausência de audiência também parece comprometer a audiência das declarações das testemunhas e opiniões de especialistas do tribunal arbitral. Aqui novamente, o obstáculo não é insuperável. O uso de evidências testemunhais não é universal; é principalmente favorecido em países que adotaram a lei comum, onde há exame direto e interrogatório das testemunhas. Por fim, a ausência de uma audiência de “defesa” é certamente um aspecto único da arbitragem eletrônica. Evidentemente existe uma “declaração de defesa”, já que as audiências não são uma necessidade, e é aceitável que as partes façam esse procedimento por escrito. Contudo, tais audiências permitem partes interessadas e seus representantes legais para ordenar seus argumentos e encaminhar os pontos mais importantes. Um risco de procedimento exclusivamente escrito é que a apresentação do árbitro tenha declarações escritas muito longas e que seja mais difícil de priorizar os argumentos.

Outro aspecto importante são os requisitos fundamentais do devido processo, uma vez que nos procedimentos de arbitragem eletrônica é essencial garantir a imparcialidade das decisões. As partes devem ser autorizadas a apresentar o seu caso em pé de igualdade em relação as provas e pedidos provas, além disso, devem ser notificadas sobre os envios de outras partes. Na medida em que as partes são tratadas com os mesmos direitos a justiça é alcançada.

Geralmente, espera-se que os procedimentos arbitrais sejam procedimentos sem papel, com submissões totalmente ou substancialmente on-line. Por isso requer a disponibilidade de plataformas adequadas com capacidade de armazenamento e sistema de comunicações seguros de última geração. Algumas instituições tradicionais e bem estabelecidas de arbitragem desenvolveram até mesmo plataformas e serviços para e-arquivamento e gerenciamento eletrônico de processos arbitrais. Para esse efeito, as instituições de arbitragem eletrônica devem assegurar a disponibilidade de instituições bem organizadas, seguras e

plataformas eficientes capazes de abrigar os diversos componentes do processo arbitral.

Diante do exposto fica evidente que o uso de plataformas online para realização de arbitragens é uma ferramenta que possui muito potencial a longo prazo, uma vez que democratiza o acesso a justiça. Isso ocorre pois os custos processuais tendem a ser reduzidos, uma vez que esse sistema possibilita a automatização do processo. Sendo assim, apesar de existirem muitos obstáculos como abordado anteriormente, o uso de plataformas online na arbitragem tem uma capacidade indiscutível para ser utilizado em larga escala no futuro.

3. SISTEMA DE PROTEÇÃO DE DADOS E ARBITRAGEM ONLINE

3.1. Regulamentação da proteção de dados

Na era digital, os próprios dados pessoais se tornaram um produto de comércio, sendo utilizados para diversas questões, como pesquisa de mercado, acesso a propaganda, dentre outros. Com a comercialização online e o uso de redes sociais, estes atingiram um patamar ainda maior de vulnerabilidade, considerando que, mesmo sem ter conhecimento, estamos compartilhando informações privadas e que os vazamentos de dados têm sido constantes.

Nesse diapasão, nos últimos anos, ocorreu em diversos países uma extensa reforma do regime de proteção de dados, a exemplo das nações da União Europeia (EU) e do Brasil, atendendo as novas exigências da modernidade tardia. O intuito com essa regulamentação é a proteção da liberdade e da privacidade dos indivíduos, os quais são afetados pelo vazamento de informação por erro e por invasão de sistemas. Com isso, se baseiam na autonomia da vontade do sujeito em dispor ou não de seus dados, sendo, assim, essencial o consentimento deste para a manipulação de informações pessoais.

O GDPR (*General Data Privacy Regulation*), nova regulamentação de proteção de dados do bloco europeu, entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018, com aplicabilidade territorial e extraterritorial, submetendo qualquer entidade com atuação na União Europeia às regras.

Dentre as normas, há necessidade de notificação de vazamento de dados dentro de 72h, a portabilidade de dados, a inclusão da proteção privacidade na elaboração de sistemas, a guarda de dados apenas pelo período necessário (art. 23). Ademais, incluiu como dados pessoais informações básicas do dia-a-dia, como: *e-mail*, endereço de IP e número de celular e de telefone.

A mencionada regulamentação produz efeitos, inclusive, no âmbito dos meios alternativos de resolução de disputas. No entanto, se focará na arbitragem internacional e na arbitragem online, mais afetadas pela internacionalidade presente nestes, e eventual participação de entidades atuantes no território dos

países da EU. Desta forma, passa-se a exigir das câmaras arbitrais, das plataformas *online* e dos gestores de procedimento arbitral um maior cuidado com os dados pessoais dos envolvidos, devendo observar o previsto no GDPR.

A regulamentação europeia influi no processamento de informações pessoais no procedimento arbitral, com a proibição de portabilidade ou de manipulação de dados, mesmo que de casos antigos, por partes das instituições arbitrais e dos próprios envolvidos. Com isso, deve-se adotar formas de proteção de dados para transferências de informações de pessoas, evitando o seu vazamento (BURIANSKI, 2018). A segurança deve ser estendida aos documentos probatórios, cuja circulação deve também ser protegida, assim como os laudos de experts.

No âmbito do Brasil, foi elaborada a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), seguindo a pressão internacional pela definição de regras para a salvaguarda da privacidade e da liberdade dos indivíduos. No artigo 1º, a lei, logo, esclarece que abrange também os dados digitais, como é o caso das informações da *e-arbitration*. Quanto ao conteúdo, é bastante similar ao regramento europeu, tendo assim incidência semelhante à arbitragem e aos seus dados.

Por conseguinte, nas arbitragens nacionais, deverá ser aplicado esse sistema de proteção de dados pessoais, obrigando aos gestores e aos participantes do procedimento arbitral a adoção de formas de segurança para tais informações. Ressalta-se que o cuidado com os dados deve ser ainda maior na arbitragem, em razão da confidencialidade, que é bastante cara ao instituto.

3.2. Proteção de dados na *e-arbitration*

A *e-arbitration* deve seguir os ditamos regulatórios mencionados acima, principalmente, considerando o caráter sigiloso da maior deste método alternativo de resolução de controvérsias. Em adição, está sujeita, como todas instituições que manipulam dados pessoais, às referidas leis (WGCA, 2018), considerando os efeitos territoriais e extraterritoriais dessas.

Com isso, requiere alta segurança para manter a confidencialidade e a integridade do procedimento arbitral (SCHAUMANN, BURGERSCHEIDLIN, p. 56). Jim Pastore (2017, p. 1023) e Claire Westgaver (2017) realçam a necessidade de uma *cybersecurity* (segurança cibernética), em face da possibilidade de descoberta digital de dados sigilosos, principalmente, depois do caso entre as Filipinas e a China sobre o Mar do Sul da China em 2015, na Corte Permanente de Arbitragem em Haia. Neste caso, hackers chineses atacaram o site da corte, conseguindo furtar dados sobre o caso (PASTORE, 2017, p. 1023).

Para o Working Group on Cybersecurity in Arbitration, composto pelo International Council for Commercial Arbitration (ICCA), pelo International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR) e pela New York City Bar Association (2018, p. 3), não é apenas algo essencial, mas legalmente obrigatório pelo envolvimento de dados pessoais, à luz do GDPR. Ademais, conforme o grupo de trabalho, a proteção de tais dados traz maior credibilidade para o procedimento arbitral (2018, p. 3).

Esta deve vir acoplada a um sistema de autenticidade para comprovar as assinaturas e os documentos (SCHAUMANN, BURGER-SCHEIDLIN, 2018, p. 57; PASTORE, 2017, p. 1028), como sistemas de marca d'água digital invisível e biometria. E ainda devemos dados e documentos estar acessíveis unicamente às pessoas autorizada (SCHAUMANN, BURGER-SCHEIDLIN, 2018, p. 57, PASTORE, 2017, p. 1028).

Diante dessas questões, se observa a complexidade e preocupação dos ODR e, conseqüentemente, com a e-arbitration, com a proteção de dados, tendo em vista a possibilidade de interceptação, alteração, download, etc, de documentos online. É importante recordar que as informações contidas em papel não estão imunes ao acesso e ao uso indevido, podendo ser facilmente fotografadas e copiadas. Contudo, os dados online são de mais fácil compartilhamento e circulação, o que facilita a disseminação e a troca destes.

Em contrapartida, há mecanismos de proteção de dados online para diminuir os riscos, como destacado por Mohamed Wahab (2011, p. 413):

Moreover, the risks posed by new technologies can be minimized through the use of encryption technologies, digital signatures, firewalls and passwords, as well as privacy enhancing technologies (PETs) to ensure that confidential information remains secure.

Mohamed Wahab (2011, p. 413) assevera, assim, que as arbitragens online devem fazer uso de tecnologias de criptografia e de codificação para assegurar a confidencialidade dos procedimentos arbitrais. A relevância destes mecanismos é ampliada pela atuação de hackers, hacktivists e serviços de inteligência dos governos (SCHAUMANN, BURGER-SCHEIDLIN, 2018, pp. 57-58; PASTORE, 2017), profissionais dedicados à invasão de plataformas online e de decodificação de sistemas e de documentos.

Como mencionado anteriormente, boa parte dos contatos entre as plataformas online, as câmaras arbitrais, as partes e os árbitros é realizada por correio eletrônico, contendo informações sigilosas sobre os casos e os participantes do processo. Nesse passo, é imprescindível o uso de tecnologia de proteção de e-mail, como o Multipurpose Internet Mail Exchange Protocol (S/MIME) e Pretty Good Privacy (PGP) (WAHAB, 2011). Mediante tais tecnologias, são criptografados os dados contidos nos e-mails, desde arquivos anexados às informa-

ções pessoais dos comunicantes, garantindo a privacidade dos documentos e textos enviados.

No caso da comunicação online, em que se utiliza outros meios e aplicativos para a troca de informações, utiliza-se Secure Sockets Layer technology (SSL) e Secure Hypertext Transfer Protocol (S-HTTP) para criptografar os dados e para criar uma conexão segura entre os participantes (WAHAB, 2011, p. 413). Esses mecanismos protegem desde o protocolo de internet (Internet Protocol - IP) ao conteúdo das mensagens, sendo consideradas por Wahab (2011, p. 413) como tecnologias complementares uma da outra e essenciais para a integridade dos dados.

Há, ademais, a possibilidade do uso de tecnologia para a proteção de documentos eletrônicos, que previnem a acesso e a manipulação sem autorização, mediante assinaturas digitais, senhas complexas, biometria, etc. (WAHAB, 2011, p. 413).

A criptografia pode ser utilizada ainda para a proteção de conferências audiovisuais, como a oitiva de testemunhas e a deliberação dos árbitros por vídeo (WAHAB, 2011, p. 414).

Com relação às assinaturas (e-signatures), há também tecnologias de proteção, como a biometria e o PKI que podem ser utilizadas para dar credibilidade, inclusive, para a assinatura dos membros do tribunal arbitral na sentença (WAHAB, 2011, p. 425).

As instituições ou pessoas responsáveis pela administração do procedimento arbitral devem, adicionalmente, se atentar para a realização de backups para prevenir a perda dos documentos, que pode ocorrer por erro humano, do sistema e, inclusive, por invasões de hackers (SCHAUMANN, BURGERSCHEIDLIN, 2018, pp. 63-64). Do mesmo modo, devem manter apenas por um determinado período de tempo os arquivos relacionados com caso, descartando, depois, de forma segura os dados dos envolvidos.

Outro cuidado básico com relação à cybersecurity que deve ser tomado pelas partes, instituições, tribunal arbitral, etc., se trata do acesso às informações do caso apenas por redes seguras. Um mínimo que pode ser feito é o uso de software de VPN para proteger dados do computador e de localização (PASTORE, 2017, p. 1029).

Ressalta-se que a segurança cibernética, em face do dever de proteção de dados, é de responsabilidade de todos os participantes do procedimento arbitral (WGCA, 2018, p. 4). Tal questão pode ser explicada pela fragilidade do meio online, bastando um e-mail infectado para causar o vazamento de informações. Com isso, é imprescindível que todos os envolvidos adotem condutas preventivas e se utilizem de softwares, como os mencionados acima que reduzem os riscos.

Nota-se, portanto, que as tecnologias mencionadas são essenciais para a integridade e a confidencialidade do procedimento arbitral, devendo ser utilizadas, inclusive, em arbitragens offline em que haja qualquer forma de troca de dados online. São ainda parte do dever de cada um dos participantes da arbitragem, principalmente, diante da obrigatoriedade legal da proteção de dados pessoais. O uso de tais mecanismos é bastante proveitoso, até mesmo, para câmaras arbitrais, que guardam documentos e dados de procedimentos e das partes, o que evitaria eventuais interceptações de informações sigilosas.

CONCLUSÃO

A arbitragem representa uma forma extrajudicial, na qual por meio de uma sentença arbitral os árbitros decidem sobre o conflito. Essa ferramenta permite que as partes, por meio da manifestação da autonomia de vontade, definam o tipo de arbitragem e quem será o árbitro, de forma consensual. As características de sigilo, flexibilidade e especialidade dos árbitros fazem desse método alternativo uma escolha muito vantajosa tanto na esfera nacional como internacional.

A arbitragem tradicional é estigmatizada como um procedimento pouco acessível, que dependendo da questão em disputa pode chegar a custos muito altos, que podem até tornar o processo inviável. Diante disso, a arbitragem online pode proporcionar a democratização do acesso a justiça, uma vez que tornam o processo mais barato devido a automatização das etapas.

Entretanto, essa ferramenta ainda apresenta dificuldades a serem superadas uma vez que, o resultado natural de um procedimento de arbitragem online é resolução do conflito por meios exclusivamente eletrônicos. Os obstáculos para este fim são mais práticos do que teóricos. Em teoria, uma análise inspirada do princípio de equivalência funcional e aceitação geral da documentos levaria a acreditar que a sentença arbitral acompanhada pela assinatura dos árbitros atende aos requisitos da lei e dos acordos internacionais.

No entanto, na prática, a parte bem-sucedida precisa do acordo da ratificação juiz do Estado em que se encontram os bens da parte vencida. Porém, tribunais estaduais e escritórios ministeriais não tem necessariamente os recursos informáticos necessários para receber, examinar e arquivar processos arbitrais online. Nesse sentido, a eficácia da resolução do conflito seria, portanto, obter uma cópia impressa original também, assinado pelos árbitros. Esta solução híbrida é necessária por enquanto, até que todos os tribunais estaduais onde a sentença possa ser executada tornaram-se informatizados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

BETANCOURT, Julio César; ZLATANSKA, Elina. *Online Dispute Resolution (ODR): What is it, and is it the Way Forward?* 79 International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, Issue 3, 2013.

BURIANSKI, Markus. *Data Privacy in International Arbitration*. White&Case. Publicado em 10/10/2018. Disponível em: <<https://www.whitecase.com/publications/alert/data-privacy-international-arbitration>>, Acesso em: 20/01/2019, 18:59:00.

ECKSCHMIDT, Thomas; MAGALHÃES, Mario E.S.; MUHR, Diana. *Do acordo ao conflito na era digital*. (Meios eletrônicos para solução de conflitos – MESC). 2ª ed. São Paulo: Moderattus, 2016.

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, United Nations, 2003.

JEVREMOVIC, Nevena. *2018 in review: Blockchain technology and arbitration*. Kluwer Arbitration Blog. Publicado em 27/01/2019. Disponível em: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/27/2018-in-review-blockchain-technology-and-arbitration/>>, Acesso em: 20/01/2019, 20:13:00.

KHACHATRYAN, Aram. *E-arbitration as a dispute resolution model for the armenian it sector*.

MARRELLA, Fabrizio. *Unity and Diversity in International Arbitration: The Case of Maritime Arbitration*. American University International Law Review, v. 20, i. 5, 2005.

PASTORE, Jim. Practical approaches to cybersecurity in arbitration. Fordham International Law Journal, v. 40, I. 3, 2017.

ROCHA, Caio Cesar. *Arbitragem e Mediação, a reforma da legislação brasileira*. 2017.

SCHAUMANN, Philipp; BURGER-SCHIEDLIN, Max. *The security and reality of electronic*. In: PIERS, Maud; ASCHAUR, Christian. Arbitration in the digital age. the brave new world of arbitration. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 2018.

UNIÃO EUROPEIA. General Data Protection Regulation. Retificação do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (JO L 119 de 4.5.2016).

WAHAB, Mohamed S. Abdel. *The global information society and Online Dispute Resolution: A new dawn for dispute resolution*. Journal of International Arbitration, 21(2), 2004.

WAHAB, Mohamed S. Abdel. *ODR and e-arbitration*. Trends & Challenges, pp. 399-441, In: WAHAB, Mohamed Abdel; KATSH, Ethan; RAINEY, Daniel. Online Dispute Resolution Theory and Practice. Haia, Holanda: Eleven International Publishing, 2011. Disponível em: <<https://www.mediate.com/pdf/wahabarb.pdf>>. Acesso em: 28/01/2019.

WESTGAVER, Claire Morel de. Cybersecurity In International Arbitration – A Necessity And An Opportunity For Arbitral Institutions. Kluwer Arbitration Blog. Publicado em 06/10/2017. Disponível em:<<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/06/cyber-security/>>, Acesso em: 18/01/2019, 17:15:00.

WGCA (Working Group on Cybersecurity in Arbitration). Draft cybersecurity protocol for international arbitration. Consultation draft, 2018. Disponível em:<https://www.arbitration-ic-ca.org/media/10/43322709923070/draft_cybersecurity_protocol_final_10_april.pdf>, Acesso em: 20/01/2019, 09:32:00.

CÂMARAS COMUNITÁRIAS DE ARBITRAGEM: Uma possibilidade para a resolução de conflitos no Brasil?

Marcella da Costa Moreira de Paiva

*Universo, Professora de Direito, São Gonçalo, Brasil.
marcellacmpaiva@hotmail.com*

Bianca Paiva de Oliveira

*Universidade Federal Fluminense, Graduada, Niterói, Brasil.
bianca_paiva@id.uff.br*

RESUMO

As câmaras comunitárias são uma alternativa para a resolução de conflitos onde ocorre o deslocamento dessa responsabilidade tradicionalmente da tutela estatal para os membros daquela comunidade, havendo assim, o fortalecimento da figura das partes na construção de um acordo de forma cooperativa e amigável. Já sendo uma realidade no contexto internacional, o presente artigo tem a finalidade de analisar a possibilidade da utilização de câmaras comunitárias de arbitragem para a resolução de conflitos no ordenamento brasileiro. Para tanto, utiliza-se de metodologia bibliográfica e de estudo de casos, iniciando a análise com as câmaras de mediação e, posteriormente, verificando as de arbitragem. Analisa-se, inicialmente, as câmaras comunitárias de mediação criadas no Brasil e no exterior, com intuito de verificar sua estrutura e definir uma possibilidade de criação de uma versão semelhante para a arbitragem. Posteriormente, passa-se a abordar algumas experiências do direito comparado para, por fim, verificar a possibilidade de constituição de câmaras comunitárias de arbitragem.

Palavras-chave: Câmaras comunitárias; Mediação; Poder Judiciário; Arbitragem.

INTRODUÇÃO

As câmaras comunitárias de mediação e arbitragem se mostram como um relevante instrumento no que concerne aos métodos alternativos de resolução de conflitos. Com sua aplicação empírica sendo cada vez mais presente, se mostra interessante refletir nas formas que possibilitam a sua operabilidade de maneira efetiva.

Através das câmaras comunitárias, além de possibilitar que as comunidades tenham como solucionar suas demandas de forma pacífica e colaborativa, há uma desassociação da obrigatoriedade do sistema jurídico estatal como única

via para solver seus litígios. Outro benefício é a imersão de todas as partes envolvidas naquele contexto social, o que pode garantir uma decisão que seja aceita de forma mais receptiva.

Sendo as câmaras comunitárias de mediação já uma realidade no sistema brasileiro, o cenário se mostra diferente em relação as câmaras comunitárias de arbitragem. No contexto internacional, a aplicação dessa forma alternativa para solucionar litígios vem sendo utilizada para mais variados tipos de conflitos.

É crescente a tendência da fomentação e estímulo à utilização desse método. Desse modo, no presente artigo, será apresentada uma análise de Direito Comparado das experiências no contexto internacional, assim como, acerca da possibilidade de uma implementação efetiva das câmaras comunitárias de arbitragem como método alternativo para a resolução de conflitos nas comunidades brasileiras.

1. AS CÂMARAS COMUNITÁRIAS DE MEDIAÇÃO

1.1. Mediação

A mediação surge como um mecanismo auxiliar, atuando em paralelo ao sistema judiciário, com a finalidade de solucionar esse aumento das demandas que são submetidas ao órgão estatal. A opção da mediação como instrumento alternativo de solucionar o litígio da forma mais adequada e efetiva possível, vem ganhando cada vez mais adeptos no Brasil.

Juan Carlos Vezzulla, ao conceituá-la, expressa que:

[...] mediação é a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor (VEZZULLA, 1998, p. 15 e 16).

Dentre os pontos positivos desse método autocompositivo de resolução de conflitos, além da celeridade, é possível citar o diferencial em relação à postura das partes que vai em contramão a posição combativa nos métodos tradicionais, que acaba dificultando o processo de acordo.

Na mediação as partes, na maioria das vezes, demonstram um posicionamento mais amigável e receptivo em relação às propostas que são oferecidas, o que garante maior efetividade no que concerne a satisfação e garantia dos direitos protelados. Luís Alberto Warat (2001, p. 199) destaca tal característica pelo caráter consensual da mediação que permite a reclamação de interesses, inclusive, não reconhecidos legalmente.

Outra questão relevante em relação ao Poder Judiciário Estatal é o distanciamento da população mais carente em relação ao acesso ao mesmo, por variados motivos que englobam desde fatores econômicos com os altos custos processuais até a carência de conhecimentos jurídicos específicos. A mediação, com seu caráter participativo e com maior atividade das partes envolvidas no conflito, se apresenta como um instrumento que garante um papel mais democrático do Sistema Judiciário, assim como maior acessibilidade aos cidadãos que anteriormente ficavam apenas às margens do mesmo.

A mediação apresenta-se, pois, com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil, de cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados. Dessa maneira apresenta forte impacto direto na melhoria das condições de vida da população, na perspectiva do acesso à Justiça, na conscientização de direitos, enfim, no exercício da cidadania.

1.2. As câmaras comunitárias de mediação

As câmaras comunitárias de mediação, assim, introduzem em comunidades e regiões periféricas um sistema autônomo próprio onde os conflitos são solucionados de forma diferente ao tratamento que obteriam por um instrumento tradicional, sendo construído pelos próprios cidadãos, evidenciando o papel de destaque das partes envolvidas. Dentre as questões que podem ser objeto de solução por esse meio, o rol é extenso, e vão desde conflitos de vizinhança, trabalhistas e, até mesmo, relacionadas a questões de relações de consumo.

A figura do mediador possui também posição de destaque no auxílio à resolução dessas lides, amparando as partes nesse processo. Esse papel é realizado por indivíduos moradores da comunidade em questão, que são capacitados para tal função. O diferencial, nesse caso, é que por fazer parte daquele contexto, o mesmo possui maior conhecimento empírico principalmente acerca dos costumes do local, assim como as tradições, o que facilita no decorrer da mediação, assim como auxilia para uma solução mais satisfatória. Logo, a solução é construída de forma colaborativa, não tendo o caráter da imposição de uma autoridade alheia a realidade daquela determinada região.

Nesse ponto de vista, uma de suas contribuições positivas se fundamenta na participação dos cidadãos na resolução dos conflitos envolvendo a comunidade, o que além de estimular a comunicação e o diálogo, contribui para o desenvolvimento de um maior senso de responsabilidade dos seus atos e seus impactos. Outro fator positivo é o acesso à justiça de forma mais simplificada, sem a barreira do distanciamento geralmente existentes em relação às instituições do Poder Judiciário.

Realizadas essas considerações, cumpre tratar de alguns casos de câma-

ras comunitárias de mediação no Brasil, que, em diversas situações, está vinculada a órgãos públicos, como o caso do Programa Municipal de Pacificação Restaurativa – Petrópolis da Paz e dos Núcleos de Mediação Comunitária do Ceará.

A Associação Comercial Industrial e Agropastoril de Barra Mansa, em parceria com CDL-BM (Câmara de Dirigentes Lojistas), com Sicomércio-BM, e com a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) criaram uma câmara de mediação municipal voltada para conflitos comerciais e consumeristas locais, que cobra cerca de 5% para mediar os casos. Na presente câmara, busca-se a resolução de controvérsias no seio do mercado de uma comunidade.

No Rio de Janeiro, há um projeto de lei, por exemplo, para a criação de um Centro Carioca de Mediação Comunitária – Conselho da Paz Carioca, com intuito de realizar mediações sobre direitos disponíveis e indisponíveis “que admitam transação envolvendo somente particulares na relação com a vizinhança, família e a comunidade, a ser desempenhada pela Guarda Municipal do Rio de Janeiro, preferencialmente no interior da unidade mais próxima do requerente ou das partes envolvidas” (art. 1º, §4º, Projeto de Lei n. 688 de 2017). Nesse caso, opta-se para a participação da Guarda Municipal como mediador, porém o mais adequado seria a participação de alguma pessoa que seja membro da comunidade para melhor compreensão daquele conflito.

As câmaras já são uma realidade em diversas regiões do Brasil e essa iniciativa vem crescendo ao longo do tempo. Com aspecto inclusivo, esse ambiente incentiva as comunidades, em sua maioria com moradores de baixo poder aquisitivo, a solucionar os seus conflitos, assim como também a preveni-los, o que contribui para a paz social das regiões na quais esse instrumento tem sido utilizado.

Além de promover a garantia efetiva de princípios constitucionais como o do Acesso à Justiça e o da Dignidade da Pessoa Humana, também garante um dos pilares do Estado de Direito, a Democracia. Nesse cenário, as Câmaras Comunitárias de Mediação se apresentam como uma alternativa promissora no que concerne a garantia efetiva do acesso à justiça para os cidadãos moradores dessas regiões. Salienta-se, contudo, que tais entidades, em caráter ideal, não deveriam estar vinculadas a órgãos públicos para evitar a afetação da independência dos moradores. Assim, o melhor seria a criação de destas por associações de moradores e fundações com finalidade para a pacificação de conflitos sociais, de modo a aproveitar o caráter restaurativo dos meios consensuais de resolução de controvérsias.

2. A EXPERIÊNCIA EMPÍRICA NO DIREITO COMPARADO

É digno de nota o caráter restaurativo dessas formas de resolução de conflitos, que, mediante práticas consensuais, permitem a coadunação dos planos

individuais de ação daqueles envolvidos na controvérsia (HABERMAS, 1997). A criação de câmaras comunitárias de mediação e de arbitragem consistem em, primeiramente, um empoderamento das comunidades que se desvinculam do sistema de solução de controvérsias estatal e de uma retomada de práticas não-violentas e comunicativas para a pacificação social.

No presente tópico, há o fulcro de analisar de forma breve algumas experiências do Direito Comparado com relação às câmaras de mediação e arbitragem comunitárias, com o intuito de identificar a forma de atuação e de custeio destas, sem o escopo de esgotar o estudo.

2.1. Câmaras comunitárias de mediação

No âmbito do Direito canadense e do estadunidense, há a denominada *community mediation*, cuja tradução literal é mediação comunitária, em que os procedimentos são custeados pela própria comunidade em que se insere a câmara. Tais instituições arbitrais se voltam para a resolução de conflitos de forma consensual.

No caso dos Estados Unidos, essa prática começou a ser inserida nos anos 1960, a partir de uma reforma governamental e não-governamental do sistema judicial do país, como uma forma de empoderamento das comunidades e de retomada do controle das instituições locais com a formação dos cidadãos para a resolução de conflitos locais sem recorrer ao Poder Judiciário (HEEDEN, GOY, 2000). Em primeiro momento, o movimento estava desvinculado de instituições públicas ou privadas, caracterizando uma solução de controvérsias autônoma e paralela (HEEDEN, GOY, 2000). Todavia, se percebeu a necessidade da criação de câmaras destinadas à mediação comunitária e a própria legislação federal começou a trazer incentivos a criação dessas instituições, como *Civil Rights Act de 1964 e Law Enforcement Assistance Administration (LEAA)* (HEEDEN, GOY, 2000). Frente a tal cenário, o próprio Estado e as comunidades locais se organizaram para a constituição de entidades com tal propósito.

Um exemplo de instituição criada no curso desse processo se trata do Center for Dispute Settlement, Inc. de Rochester, New York, cuja constituição se deu em 1973 com o intuito de promover formas de resolução de conflitos não violentas no seio da comunidade, porém, posteriormente, ampliou serviços para outros estados e para alguns condados do Canadá. Embora tenha expandido sua dimensão, manteve o caráter comunitário dos serviços de mediação prestados no âmbito de matérias de família, escolares e de educação. Os mediadores são voluntários e possuem a formação pelo próprio centro de disputas, e devem ser escolhidos dentre a lista disponível para a comunidade. Quanto a forma de custeio, a câmara se mantém mediante doações de particulares e de entidades.

Na União Europeia, por seu turno, há a Diretiva 2008/52/CE que vis-

lumbra o potencial da mediação como método de conclusão rápida, pouco custosa e consensual de controvérsias, devendo ser aplicada para preservar a boa relação entre as partes, inclusive em casos transfronteiriços. No mencionado documento, se verifica o estímulo à método em questão em âmbito judicial ou extrajudicial.

Um outro país a ser destacado quanto às experiências de câmaras de mediação comunitária se refere ao Sri Lanka, no qual se estabeleceu em 1990 um programa de parceria da *Asian Foundation* com o Ministério de Justiça local para a criação de instituições destinadas para a pacificação de litígios individuais, familiares e de pequenos grupos de forma não-violenta, promovendo o acesso à justiça e a participação dos cidadãos em conflitos de interesse da comunidade. Nessas câmaras são realizados painéis de mediação sem caráter vinculante e prévio à judicialização, sem a participação de advogados, em razão da legislação nacional que regulamenta em meio alternativo de resolução de conflitos. No que tange aos mediadores, há a obrigatoriedade de que sejam de atuação voluntários treinados para o exercício dessa função, que são escolhidos por uma organização ou por membros respeitados da comunidade dentre cidadãos locais sem vinculação à atividade política.

Foi implementado no Nepal um sistema semelhante ao citado anteriormente, sem interferência de entidades externas, em que as próprias comunidades de formação matriarcal e de origem indígena desenvolveram câmaras para realizar a mediação de conflitos. Entretanto, atualmente os grupos minoritários têm recebido auxílio da Iniciativa Nacional para a paz no Nepal para o desenvolvimento de instituições nesse sentido.

Na América Latina, por seu turno, a Argentina e o Equador possuem previsão legal da mediação comunitária. O segundo prevê da Lei 2006-014 (*Codificación de la Ley de Arbitraje y de Mediación*) no art. 59 a possibilidade de organizações comunitárias estabelecerem centros de mediação para a resolução de controvérsias relativas a membros e a questões de interesse da comunidade. Na Argentina, por sua vez, a *Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* apresenta um guia prático para a criação de instituições voltadas para a mediação comunitária com o fulcro de viabilizar uma melhor convivência para os municípios.

Verifica-se, diante do exposto, que há no Direito Comparado diversos exemplos de criação de câmaras comunitárias de mediação, advindos de distintos continentes, seja por meio de políticas públicas ou por iniciativas próprias das comunidades.

2.2. Câmaras comunitárias de arbitragem

Nos Estados Unidos, há câmaras comunitárias de arbitragem dedicadas

à resolução de conflitos relativos a jovens que cometeram delitos não violentos, a exemplo da Flórida e da Carolina do Sul, denominadas de *Juvenile Arbitration Program*. Nessas, são realizados procedimentos arbitrais, de caráter voluntário, com a participação de árbitros voluntários, o acusado, o seu representante ou o seu assistente, a vítima e os policiais que o prenderam, com o atendimento ao devido processo legal. O processo arbitral se dedica a verificação da responsabilidade e das medidas que serão aplicadas, evitando uma acusação formal e o processo judicial.

É forçoso ressaltar que no âmbito do Direito brasileiro não seria possível a arbitragem nessa área, considerando que neste a arbitrabilidade objetiva está limitado a direitos patrimoniais disponíveis, conceito em que não se insere, de forma geral, o Direito Penal.

Outra forma de câmara comunitária de arbitragem comum no país se refere às criadas no âmbito das universidades para tratar de violações à política universitária, como ocorre no caso da *Virginia Wesleyan University* e da *Simmons School of Education & Humman Development*. São constituídas no seio da comunidade da universidade, com participação de estudantes, docentes e funcionários administrativos, com possibilidade de opção pela mediação ou pela arbitragem. Nesse passo, com a ciência da infração cometida, o docente ou o discente recebem uma notificação do local, da data e da hora da realização do procedimento, podendo optar pela participação do processo ou pelo processo judicial.

O procedimento se dá com base no devido processo legal, com o direito de apresentar provas e testemunhas, por exemplo. No que concerne ao custeio, é coberto normalmente pela própria universidade, entretanto, na *Simmons School of Education & Humman Development* é cobrado um valor de 100 dólares como taxa administrativa.

Quanto ao árbitro, o *Student Handbook*, espécie de código sobre a política de uma universidade, da *Virginia Wesleyan University* não traz nenhuma especificidade, no entanto, se pode pressupor que será algum membro da comunidade universitária que não tenha sua imparcialidade afetada. No caso da Simmons, os alunos, que tenham interesse, recebem treinamento para participar como mediadores ou árbitros de forma voluntária nos procedimentos mencionados.

No âmbito da América Latina, o Equador, na Lei 2006-014 (*Codificación de la Ley de Arbitraje y de Mediación*) em seu artigo 39, vislumbra a possibilidade de instituição de centros de arbitragem por entidades sem fins lucrativos, sem a imposição de impedimentos para a criação de câmaras comunitárias. A Argentina possui disposições em sentido semelhante com o incentivo de criação de câmaras de arbitragem, havendo, inclusive, um centro de conciliação e arbitragem gratuito mantido pela Defensoria de Buenos Aires, que está destinado a conflitos relacionados com os membros e com a comunidade da cidade mencionada, desde que respeitada a arbitrabilidade objetiva e subjetiva.

Nesse passo, constata-se que há experiências no direito estrangeiro de câmaras comunitárias de arbitragem, apesar do objeto desse método ser mais limitado que o da mediação. Nota-se a diversidade nos casos abordados, que vão desde o âmbito penal aos conflitos escolares, e nas estruturas das câmaras, ao passo que algumas são vinculadas a órgãos públicos e a outras a entidades privadas. Esses fatos implicam, inclusive, na forma de custeio da instituição, que são, nos casos estudados, por taxas administrativas, por doações e, até mesmo, por impostos.

Conclui-se, desta forma, que não há especificamente uma forma a ser adotada para uma câmara comunitária de arbitragem, desde que esteja em conformidade com as normativas nacionais para tal instituição e para a arbitragem.

3. CÂMARAS COMUNITÁRIAS DE ARBITRAGEM: UMA POSSIBILIDADE PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL?

No presente tópico, se dedica ao tratamento da aplicação do que foi estudado referente às câmaras comunitárias de mediação e às experiências no Direito Comparado no ordenamento jurídico pátrio. Neste passo, há de enfrentar, em primeiro momento, os possíveis entraves de uma arbitragem relativa a conflitos de uma comunidade, como a arbitrabilidade objetiva e subjetiva e a definição de um rol de árbitros. E, posteriormente, é forçoso verificar aspectos como a regulamentação ou a sua ausência sobre a criação de câmaras nos parâmetros mencionados, bem como a forma de custeio.

3.1. Entraves a uma arbitragem comunitária

Como é cediço, arbitragem se refere a um meio extrajudicial de resolução de controvérsias pautado na autonomia da vontade, a qual rege todo o procedimento e a própria opção por tal método (AMARAL apud FLAUSINO, 2015, p. 103-104). Portanto, um processo arbitral realizado no seio de uma comunidade deve estar pautado no livre consentimento dos participantes, que devem estar devidamente cientes do que consiste esse meio e os seus termos. Ou seja, a vontade das partes na escolha da arbitragem deve estar livre vícios.

Nesta direção, se impôs no ordenamento brasileiro limitações aos temas que poderiam ser objeto de um processo arbitral, este somente pode versar sobre direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, Lei n. 9.307 de 1996). Com tal questão, depara-se com a segunda nota a uma arbitragem comunitária, a arbitrabilidade objetiva, cujos limites perpassam por conceitos jurídicos indeterminados.

A disponibilidade e a patrimonialidade não estão completamente definidas nos âmbitos jurisprudencial e doutrinário, mas entende-se que se referem a direitos de cunho econômico que podem ser exercidos livremente, sem impedi-

mento ou pena de nulidade (LIMA apud CARMONA, 2009, p 38). Deste modo, conforme Carlos Alberto Carmona (2009, p 38), a disponibilidade se refere a livre negociação e alienação. Por conseguinte, apenas os direitos que possuam tal caráter podem ser objeto de arbitragem em uma câmara comunitária.

Por fim, cabe abordar a questão do árbitro, quem poderia figurar como o terceiro imparcial para dirimir uma controvérsia dentro desse cenário? O art. 13 da referida lei define que “qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” pode ser árbitro, independentemente de formação de capacitação. Portanto, os contraentes devem acordar e selecionar uma ou mais pessoas para tal função que tenha capacidade civil.

Todavia, cumpre recordar que tal terceiro deve atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (art. 13, §6º) no curso do procedimento arbitral, assim como nos momentos anteriores e posteriores. Ao que concerne ao tema em pauta, a imparcialidade pode se encontrar afligida ao optar por uma pessoa que integre a comunidade.

A questão mencionada é de difícil aferição devido à subjetividade desse critério de atuação dentro das distintas comunidades jurídicas (LEMES, 2001, p. 239). Com isso, usa-se a independência para tentar consolidar a compreensão sobre a imparcialidade, havendo impedimento de exercício da função de árbitro para àqueles que tenham vínculos com as partes.

Assim, somente podem figurar como árbitros àqueles membros da comunidade ou membros externos que não tenham sua imparcialidade e ou sua independência afetadas ao que concerne ao conflito vão julgar. É de extrema complexidade, por seu turno, determinar o que seria uma questão que pode adentrar na imparcialidade, sendo, muitas vezes, discricionária a decisão do árbitro com relação ao dever de revelação.

Diante dessas considerações básicas sobre os possíveis entraves à arbitragem comunitária, deve-se passar para a efetiva análise da implementação das câmaras comunitárias arbitrais no direito brasileiro.

3.2. Implementação de câmaras comunitárias de arbitragem

Quando se trata da criação de uma instituição arbitral nos direcionamentos anteriormente citados, é imprescindível examinar as seguintes questões: a) aspectos preliminares; b) definição de um regulamento; c) forma de custeio; d) rol de árbitros.

a) Aspectos preliminares:

É imperioso ressaltar que não regulamentação nacional sobre a criação

de câmaras de arbitragem e, tampouco, de diretrizes de atuação dessas. Esta questão possui pontos negativos e positivos. Permite que o próprio setor arbitral e seus usuários façam a autorregulação (self-regulation), como ocorre na arbitragem internacional, porém pode gerar uma desmotivação quanto ao investimento na área por conta da ausência de segurança jurídica.

Quanto ao controle, cumpre destacar que as câmaras de arbitragem não estão vinculadas ao Conselho Nacional de Justiça e não estão inseridas nas atribuições deste, cuja regulamentação está na Lei n. 9.307 de 1996.

As câmaras de arbitragem podem ser com ou sem fins lucrativos, no entanto, no caso das câmaras comunitárias, seria importante a constituição de uma instituição sem o intuito de lucro para diminuir os custos do procedimento arbitral. Tratando-se de pessoa jurídica de direito privados sem fins lucrativos, poderia se revestir de associação ou de fundação, considerando suas características e requisitos previstos no Código Civil. Posiciona-se aqui pela opção pela primeira modalidade de personalidade jurídica citada, por conta da maior simplicidade para registros e administração e pela possibilidade de criação por uma associação de moradores local.

b) Regulamento de Arbitragem

O regulamento de arbitragem consiste no documento normativo em que a instituição arbitral determina a sua estrutura, o seu âmbito de atuação, as regras sobre o procedimento e sobre a escolha de árbitros. O CONIMA possui um modelo de regulamento para as instituições brasileiras, em conformidade com a normativa nacional. Contudo, não é obrigatória o seguimento dos termos de tal exemplo, desde que esteja de acordo com as leis nacionais.

c) Forma de custeio

Conforme mencionado anteriormente, não há regulamentação referente às câmaras arbitrais e, portanto, não há determinação legal quanto às formas de custeio. Sendo uma instituição sem fins lucrativos, a câmara comunitária de arbitragem deve ser custeada mediante doações ou cobrar valores de custo para os procedimentos arbitrais.

d) Rol de árbitros

Como é comum nas câmaras arbitrais, a instituição comunitária deve elaborar um rol de árbitros, mas não de caráter obrigatório. Esses árbitros elencados devem ser de caráter facultativo e devem ser membros respeitados da comunidade ou membros externos, com capacitação ou não, como ocorre nas

câmaras do Nepal mencionadas no tópico anterior. Deste modo, deve ser permitido às partes que elejam terceiros fora desse rol.

De qualquer forma, tais terceiros devem ser voluntários e podem aceitar ou negar a nomeação à arbitragem, recordando que cabe a esses os direitos e deveres previstos aos árbitros da Lei n. 9. 307 de 1996.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, se constata que a mediação e a arbitragem comunitária consistem em importantes métodos de resolução de controvérsias de conflitos relacionados com uma comunidade, principalmente, devido à participação de membros daquele grupo como mediadores e árbitros, que compreendem o *ethos* local.

Tal participação comunitária na pacificação de conflitos se demonstra ainda mais necessária em um cenário de modernidade que requiere uma atuação mais participativa e democrática nas decisões.

O ordenamento jurídico brasileiro não apresenta obste a constituição de câmaras comunitárias de arbitragem e, tampouco, possui regulamentação sobre a sua forma de criação e atuação. Portanto, cabe ao interessado definir a personalidade jurídica mais adequada a finalidade, que, no caso em questão, seria de associação ou de fundação.

É digno de nota que a criação de câmaras comunitárias pelas próprias comunidades e suas associações possui um aspecto importante, a ausência de vinculação destas a um organismo externo, seja este de personalidade jurídica de direito público ou privado. Neste passo, apresenta maior independência de atuação e menos risco de captura pela lógica dos demais sistemas.

No que tange ao custeio do procedimento arbitral e da câmara de arbitragem, dependerá da personalidade jurídica eleita e da opção por uma instituição com ou sem fins lucrativos, que poderá variar do custeamento por impostos, doações e taxas administrativas. De qualquer modo, o custo deve ser o mais reduzido possível para ampliar a submissão de casos por partes sem condições financeiras, viabilizando um acesso à justiça mais democrático.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. *Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público*. In: Cesar Augusto Guimarães Pereira; Eduardo Talamini. (Org.). *Arbitragem e Poder Público*. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pp. 329-348.

ARGENTINA. Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Ai-

res. *Guía Básica de Derechos*. Mediación, Conciliación y Arbitraje.

ASIAN FOUNDATION. *Community Mediation in Sri Lanka*. Disponível em: <<https://asiafoundation.org/resources/pdfs/SLMediationFINAL2012withmap.pdf>>, Acesso em: 10 de ago. de 2018; 18:03:00.

BERGHOF FOUNDATION. *Berghof Foundation for Peace Support*. Disponível em: <https://www.berghof-foundation.org/fileadmin/redaktion/Publications/Other_Resources/NEP_Local_Conflict_Resolution_Mechanisms.pdf>, Acesso em: 10 de ago. de 2018, 18:15:00.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Lei 9.307 DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. *Dispõe sobre a arbitragem*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>, Acesso em: 10 de ago. de 2018, 12:06:00.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

CAROLINA DO SUL. *The Juvenile Arbitration Program*. Disponível em: <<https://www.state.sc.us/djj/process-arbitration-popup.php>>, Acesso em: 09 de ago. de 2018, 20:32:00.

CARRASCO, Marta Blanco. *Community mediation: a tool for citizen participation in public policy*. Social Work and Society Internacional Online Journal. Vol. 14, n. 1, 2016.

CDS. *Center for Dispute Settlement*. Community Mediation. Disponível em: <<http://www.cdsadr.org/?q=community-mediation>>, Acesso em: 10 de ago. de 2018, 14:14:00.

DAHAL, Dev Raj; BHATTA, Chandra Dev. *The Relevance of Local Conflict Resolution Mechanisms for Systemic Conflict Transformation in Nepal*. Agosto, 2008.

EQUADOR. Ley 2006-014. *Codificación de la Ley de Arbitraje y de Mediación*. Registro Oficial No. 17 DE 14-DIC-2006.

FLAUSINO, Vagner Fabricio Vieira. *Arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada*. Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

FLORIDA. *In the Circuit Court, Sixth Judicial Circuit in and for Pasco and Pinnellas Counties*. Disponível em: <http://www.jud6.org/LegalCommunity/LegalPractice/AOSAndRules/aos/aos2004/2004-058.htm>>, Acesso em: 09 de ago. de 2018, 17:22:00.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradu-

ção de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEEDEN, Tim; GOY, Patrick. *Community Mediation And The Court System: The Ties That Bind*. Junho de 2000. Antes publicado em *Mediation Quarterly*, Volume 17, Number 4. Disponível em: <<https://www.mediate.com/articles/cohed2.cfm>>, Acesso em: 10 de ago. de 2018, 09:18:00.

LEMES, Selma Ferreira. *Árbitro. Princípios da independência e da imparcialidade*, São Paulo: LTr, 2001

MARANHÃO, Ministério Público. *Manual de mediação comunitária/ Adaptação de Vicente de Paulo Silva Martins*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2008.

RIO DE JANEIRO. *Projeto de Lei n. 688/2017*. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro1720.nsf/249cb321f17965260325775900523a42/d92a9652d9d54c0d832580f1005fa11c?OpenDocument&CollapseView>>, Acesso em 08 de ago. de 2018, 13:56:00.

SCHNITMAN, Dora Fried. *Novos paradigmas na resolução de conflitos*. In *Novos paradigmas em mediação*. Dora Fried Schnitman e Stephen Littlejohn (Org.). Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, p. 17 – 27.

SMU. *Simmons School of Education and Human Development*. Disponível em: <<https://www.smu.edu/simmons/Community/MediationClinic/Arbitration>>, Acesso em: 09 de ago. de 2018, 20:34:00.

TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial*, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. *Relatório de 27 de junho de 2017 sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2001, sobre certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial (Diretiva «Mediação»)*, 2017.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p.15 e 16.

VIRGINIA WESLEYAN UNIVERSITY. *Student Handbook. Arbitration Services*. Disponível em: <https://www.vwu.edu/student-life/student-affairs/pdfs/2018_2019_Student_Handbook.pdf>, Acesso em: 09 de ago. de 2018, 17:18:00.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

CASA DA FAMÍLIA

Novo modelo multiportas para resolução de conflitos no âmbito familiar

Maria Luiza Oliveira

*Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Docente na UFRRJ,
Rio de Janeiro, Brasil.
marialuizaoliv4@gmail.com*

Pahola Gyselle Carvalho Silva

*Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro,
Mediadora - Câmara de Mediação OAB, Rio de Janeiro, Brasil.
paholagyselleadv@gmail.com*

RESUMO

Trata-se de pesquisa científica que pretende estudar a Casa da Família, projeto que tem por escopo receber de modo individualizado e humanizado as famílias envolvidas nas mais diversas situações de conflito, oferecendo-lhes um tratamento especializado, multidisciplinar e autocompositivo para a resolução dos litígios. Este estudo enfocará o trabalho realizado na Casa da Família do Rio de Janeiro, inaugurada pelo TJRJ com a finalidade de proporcionar uma solução adequada para os conflitos de família. Através deste projeto o Tribunal de Justiça procura reduzir o número de processos envolvendo litígios familiares, além de promover um acesso inclusivo à justiça e disseminar uma cultura de paz. A pesquisa apontará também as semelhanças entre a Casa da Família e o conceito de Tribunal de Múltiplas Portas criado pelo professor Frank Sander em 1975.

Palavras-chave: Casa da Família; Meios Adequados de Solução de Conflito; Tribunal Multiportas; Frank Sander.

INTRODUÇÃO

O conceito tradicional de família (formada pelo pai, pela mãe e pelos filhos, morando todos em uma mesma residência) vem passando por constantes transformações. Atualmente existem vários núcleos familiares, tais como: a família monoparental (composta apenas pelo pai ou pela mãe e seus filhos); a família multiparental/mosaico (composta por membros provenientes de outras famílias); a família aplicada (as crianças vivem com os avós, tios, primos, todos na mesma casa); a família recomposta/reconstruída (o pai ou a mãe casou com outra pessoa); a família binuclear (formada por dois lares), a família homoparental (os dois ascendentes são do mesmo sexo) etc.

À medida que a sociedade evolui, em decorrência das mudanças políticas, sociais, tecnológicas, econômicas etc., as famílias também acompanham estas evoluções e com isso surgem outros núcleos de entidades familiares. Junto com essa diversidade aparece também novos conflitos de família e muitos destes litígios são encaminhados para o Poder Judiciário em razão da cultura da judicialização, na qual toda e qualquer pretensão resistida é judicializada pelo cidadão, o que estimula às famílias a transferirem a responsabilidade pela resolução dos embates para o Judiciário.

Os conflitos de família são complexos, pois envolvem uma série de questões objetivas e subjacentes que precisam ser tratadas com atenção, possuem uma alta carga subjetiva porque abrange inúmeros sentimentos (raiva, paixão, ódio, compaixão etc.). Cada família tem sua singularidade e os casos apresentam determinadas especificidades, à vista disso os litígios familiares não podem ser tratados da mesma maneira pelo sistema jurisdicional.

Pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram que a utilização da heterocomposição nos embates familiares, isto é, quando o Estado-juiz através da via judicial convencional decide o caso e prola uma sentença, não apresenta resultados satisfatórios porque não melhora o relacionamento das partes envolvidas e não cessa o conflito, na maioria das vezes a heterocomposição agrava a lide.

Quando o juiz utiliza uma sentença padronizada para decidir todos os conflitos de família da mesma forma, as chances dos conflitos serem resolvidos pela adjudicação são mínimas porque a decisão judicial examina apenas as consequências do litígio e não suas causas. Além disso, o processo tradicional incita o embate, fazendo com que os entes familiares se tornem adversárias, ou seja, ator e réu, vencedor e vencido, certo e errado.

Com a intenção de proporcionar um atendimento adequado e diferenciado às famílias, o Tribunal de Justiça inaugurou a Casa da Família que tem por escopo receber de modo individualizado e humanizado as pessoas envolvidas nas mais diversas situações de conflitos, oferecendo-lhes um tratamento especializado, multidisciplinar e autocompositivo para a resolução do litígio.

1. ORIGEM DA CASA DA FAMÍLIA

A Casa da Família foi idealizada e concretizada pela juíza Vanessa Aufiero da Rocha (titular da 2ª Vara de Família e Sucessões e coordenadora do Cejusc na Comarca de São Vicente), está compreendida no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo e foi inaugurada no dia 1º de abril de 2016. De acordo com a magistrada, a Casa da Família tem por objetivo oferecer um tratamento diferenciado e especializado às famílias envolvidas nos mais diversos tipos de

conflitos, levando em consideração as especificidades do caso, as características das partes e os vínculos afetivos que unem as pessoas.

Neste espaço destinado às famílias, o conflito será tratado de maneira sistêmica e holística, contará com o apoio de uma equipe multidisciplinar e com a parceria de instituições públicas (Ministério Público, Defensoria Pública entre outros) e privadas (Ternium, Práxis etc.) que tenham interesse em promover a justiça social. A juíza togada Vanessa Aufiero explica que:

O objetivo da criação da Casa da Família e dos projetos que ela desenvolve é a transformação qualitativa das pessoas e do convívio familiar, promovendo a conscientização para que possam resolver seus conflitos de forma construtiva e duradoura. Uma decisão judicial resolve um problema, mas não soluciona um conflito, não muda as pessoas. A mudança tem que vir pela iniciativa individual das partes. (DESJUD, 2016)

Durante a sua atuação profissional a magistrada Vanessa Aufiero percebeu que uma decisão judicial não era suficiente para solucionar o problema e por fim ao embate, em razão da alta carga emotiva que envolve os conflitos familiares. Tempos depois as famílias que tinham procurado anteriormente o Poder Judiciário para resolverem as suas questões, retornavam ao sistema judicial porque não conseguiam cumprir as determinações da sentença ou por causa do agravamento do conflito.

Com base nas suas experiências na Vara de Família e Sucessões, a magistrada entendeu que estes casos precisavam ser tratados de maneira diferenciada, não pela adjudicação, mas através da autocomposição, pois quando as partes envolvidas no conflito conseguem resolver suas diferenças através do diálogo, é mais fácil para elas construírem soluções para os seus problemas. Em razão disto, a juíza Vanessa Aufiero idealizou um espaço acolhedor para que as famílias, de modo consensual e autocompositivo, possam resolver seus litígios com o apoio de uma equipe especializada, buscando promover uma mudança de paradigma entre os envolvidos.

Cabe mencionar que o projeto tem parceria com órgãos públicos e com instituições privadas, tais como: o Ministério Público; a Defensoria Pública; o Centro Judiciário de Solução de Conflito e Cidadania; o Governo do Estado de São Paulo; a Prefeitura Municipal de São Paulo; CAMPSV–Centro de Assistência Social e Mobilização Permanente de São Vicente; Centro de Direitos Humanos da Baixada Santista Irmã Dolores; Delegacia da Mulher etc.

Os serviços disponibilizados na Casa da Família localizada no estado de São Paulo são: centro de conciliação e mediação familiar; centro de referência e apoio à vítima; atendimento psicológico; oficina de pais e filhos; projeto “fortalecendo vínculos”; projeto “atendimento em circunstância de crise – plantão psicológico”; projeto “construindo a paz”; programa “pai presente”; constelação

familiar; harmonização familiar; constelação e coaching funcional; projeto “homem integral” e projeto “o corpo fala”.

Além dos projetos e parcerias supracitados, a Casa da Família de São Vicente oferece outros serviços, todavia, por razões didáticas não será possível citar o nome dos projetos e a finalidade de cada um deles, pois o presente artigo ficaria muito extenso.

Em razão dos excelentes resultados apresentados pelo projeto em São Paulo, o TJRJ resolveu implementar a Casa da Família no estado do Rio de Janeiro, mas com algumas singularidades. Para tanto, o Tribunal de Justiça publicou o Ato Normativo 14/20171 criando as Casas da Família como estruturas integrantes do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc's)², em atendimento ao artigo 694 do Novo Código de Processo Civil³, segundo o qual “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”.

2. FINALIDADE

A Casa da Família do Rio de Janeiro tem por escopo oferecer um tratamento adequado para os conflitos de família através da utilização dos meios consensuais e autocompositivos de solução de litígio.

O projeto é composto por uma equipe multidisciplinar que atua de modo pré-processual (evitando a judicialização dos conflitos) e processual (resolvendo os casos judicializados). A equipe multidisciplinar é capacitada pelo NUPEMEC (órgão vínculo ao TJRJ) para identificar o conflito, realizar o diagnóstico do caso, verificar qual método é o mais apropriado para o deslinde e encaminhar as famílias para o profissional que ajudará na resolução do litígio. A triagem inicial, feita pela equipe técnica, leva em consideração as especificidades do caso, as características das pessoas envolvidas e os vínculos afetivos que as unem.

¹Para maiores informações acesse:

http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=204497&integra=1. Acesso em: 06 out. 2018.

² O NUPEMEC foi criado pela Resolução n° 23/2011, em atenção ao disposto na Resolução CNJ n°. 125 de 2010, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com foco nos denominados meios consensuais, que incentivam a autocomposição de litígios e a pacificação social. O CEJUSC é a unidade do Poder Judiciário responsável pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como para atendimento e orientação ao cidadão (art. 8° da Resolução n° 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ).

³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 06 out. 2018.

O intuito da Casa da Família é priorizar a autocomposição, isto é, que as famílias sejam protagonistas na elucidação do caso, na construção de soluções duradouras para os seus problemas e na pacificação da lide, contando com o auxílio de um terceiro imparcial que os ajudará no desfecho do embate, mas sem sugerir qualquer proposta de acordo.

Diferente do que ocorre na heterocomposição na qual a lide é encaminhada para o juiz togada, este aplica a norma jurídica ao caso concreto, julga o mérito da questão e prola uma sentença, a decisão judicial substitui a vontade das partes e deve ser cumprida em razão do seu caráter obrigatório.

3. PROCEDIMENTO

Para demonstrarmos o procedimento da Casa da Família iremos citar o seguinte exemplo prático para facilitar o entendimento: suponhamos que um casal, em comum acordo, queira se separar, mas pelo fato de terem filhos menores de idade essa família não poderá realizar o divórcio direto (extrajudicial) no cartório de notas porque a lei processual civil veda tal possibilidade.

Como dispõe o artigo 733 do Novo Código de Processo Civil, "o divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública".

Em razão deste dispositivo legal, o casal terá que ajuizar uma ação (heterocomposição) para resolver as questões relativas ao divórcio consensual; a divisão dos bens; o uso ou não do nome de casada(o); a pensão alimentícia para o/a ex-esposo(a) etc. Além disso, esta família deverá ajuizar uma outra ação para tratar da guarda e dos alimentos dos filhos menores de idade.

Com a inauguração da Casa da Família essas questões não precisam ser resolvidas através de um processo judicial. Basta que o casal se dirija à Casa da Família ou apenas um deles (posteriormente a outra parte será convidada a comparecer voluntariamente) e apresente o caso ao profissional responsável pelo atendimento e triagem das famílias. Em seguida a equipe técnica ouvirá o relato das partes, identificará os interesses e as necessidades dos envolvidos, verificará o método adequado para o deslinde da questão e encaminhará a família para um dos serviços disponíveis no projeto.

Por sua vez, a Casa da Família disponibilizará as pessoas uma variedade de métodos consensuais e autocompositivos para ajudá-las a solucionar os litígios. Se o ex-casal conseguir resolver os seus conflitos através da autocomposição, o profissional multidisciplinar que atendeu esta família (seja o me-

diador, o facilitador, o conciliador etc.) irá redigir um Termo de Entendimento, no qual constará o acordo elaborado pelos interessados⁴.

O Termo de Entendimento será redigido em uma linguagem simples para que os participantes possam compreender o que está escrito e será assinado por todas as pessoas presentes, em suma, o acordo será assinado pelos interessados, pelos seus respectivos advogados ou defensores e pelo profissional da Casa da Família.

Posteriormente este Termo será encaminhado para o Ministério Público, em observância ao artigo 178, inciso II do Novo Código de Processo Civil⁵, para que o MP verifique a legalidade do acordo e se foi observado o melhor interesse da criança.

Na hipótese de o Ministério Público entender que o acordo não é exequível em razão de alguma inobservância legal ou se o Termo deixou de contemplar aspecto importante referente aos filhos do ex-casal, o MP dará parecer desfavorável e o acordo retornará à Casa da Família.

Logo após a manifestação do Ministério Público, os interessados são convidados a retornarem para a Casa da Família para conversarem a respeito dos apontamentos feitos pelo MP. Se os participantes estiverem dispostos a tratar destes questionamentos e chegarem a um consenso, um novo Termo de Entendimento será elaborado, assinado pelos participantes e encaminhado para o Ministério Público.

Contudo, os interessados não são obrigados a seguirem as recomendações do parecer, pois todos os procedimentos realizados na Casa da Família são voluntários (em observância ao princípio da voluntariedade). Se o novo Termo estiver em conformidade com a legislação, o MP elaborará parecer favorável a homologação do acordo e o Termo de Entendimento será encaminhado para o juiz para este efetuar a ratificação.

Convém mencionar que o Termo de Entendimento tem a mesma validade jurídica que uma decisão judicial, com a diferença de que neste proce-

⁴ Nos métodos consensuais os participantes não são chamados de parte, como ocorre na heterocomposição. Nesta uma pessoa é considerada parte autora e a outra é nomeada de parte ré, uma delas sairá vencedora e a outra perderá o processo. Na autocomposição os participantes são chamados de interessados, pois todas as pessoas envolvidas têm o interesse em resolver o conflito de modo consensual, construindo soluções de ganhos mútuos, na qual ambos saem vencedores porque tiveram os seus interesses e as suas necessidades atendidos.

⁵ O art. 178 do NCPC dispõe que "o Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: II - interesse de incapaz". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 12 out. 2018.

dimento o juiz decide pelas partes enquanto na autocomposição os interessados tem autonomia de decidirem o que é melhor para as suas vidas.

Por conseguinte, se todas as alternativas consensuais forem esgotadas sem que o ex-casal consiga chegar a um entendimento sobre a lide, o profissional da Casa da Família encerrará o procedimento e os interessados terão que resolver o seu conflito pela heterocomposição, ou seja, pelo processo judicial tradicional.

Os processos ajuizados antes da inauguração da Casa da Família (referentes ao Direito de Família), também podem participar do projeto, para tanto o juiz responsável pelo caso poderá suspender o processo e todos os prazos processuais e encaminhar o feito para à Casa.

Se ao final do procedimento a família chegar a um consenso, será elaborado um Termo de Entendimento pelo profissional da Casa da Família, o acordo seguirá para o Ministério Público e por fim para o juiz para este realizar a homologação do ajuste.

No caso de o ex-casal não alcançar um entendimento, após o esgotamento de todos os métodos consensuais, o processo retornará para o juiz e o este dará prosseguimento ao feito pela heterocomposição.

É importante explicar que os casais que não possuem filhos também optam pela via judicial por desconhecerem a separação e o divórcio extrajudicial (Lei 11.441/2007), o reconhecimento de paternidade pela via administrativa, isto é, diretamente no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais (Provedimento nº 16 da Corregedoria Nacional de Justiça); ou procuram o Poder Judiciário em razão do elevado custo das taxas cartorárias e dos honorários advocatícios. Estas pessoas também podem procurar a Casa da Família para resolverem suas questões familiares, sem a necessidade de judicialização.

A Casa da Família proporciona uma rede de apoio, atenção e assistência às famílias em situação de vulnerabilidade, pois é composta de uma equipe técnica multidisciplinar formada por assistentes sociais, psicólogos, mediadores, consteladores, facilitadores, guardiões etc., que auxiliam os interessados nos mais variados tipos de litígio.

Com base no que foi exposto anteriormente, percebe-se que os métodos adequados de solução de conflitos funcionam como um filtro, pois as famílias que procuram o projeto são encaminhadas para os mais diversos métodos consensuais. Caso o método indicado pela equipe multidisciplinar não atenda os interesses e as necessidade daquela família, a mesma será encaminhada para outra modalidade consensual existente na Casa da Família, até que todas as vias autocompositivas sejam esgotadas. Não alcançando um consenso, os participantes podem ajuizar uma ação judicial para que o magistrado (ultima ratio) resolva o conflito.

A intenção do projeto é promover uma mudança de paradigma, substituindo a cultura da judicialização pela cultura da pacificação. A mudança qualitativa das pessoas ocorre quando elas aprendem através do diálogo e do consenso a construir soluções duradouras para os conflitos, sendo protagonistas de sua história. Quando os interessados decidem o que é melhor para as suas vidas, as chances do acordo ser cumprido é de 90% e o índice de reincidência ao Judiciário é mínimo.

Como demonstrado, a Casa da Família tem um cunho preventivo porque evita a judicialização de novos casos e um caráter resolutivo porque põe fim aos conflitos judicializados, solucionando com rapidez os processos de família em tramitação. Além disso, o projeto tem o intuito de aproximar a população do Poder Judiciário para que se torne um espaço acessível às famílias e aberto a população, sem qualquer burocracia, restrição ou entraves, permitindo o acesso inclusivo e participativo ao sistema jurisdicional.

Outrossim, a Casa da Família visa melhorar o relacionamento das pessoas envolvidas nos conflitos, evitando o confronto e preservando os vínculos afetivos construídos ao longo do tempo. Diferente do que ocorre em uma decisão adjudicada na qual um sai vencedor e o outro vencido, um certo e o outro errado, transformando as partes em adversárias, o que agrava o litígio e acirrando os ânimos.

Deste modo, a Casa da Família tem por escopo disseminar uma cultura de paz, sendo um local destinado à resolução adequada dos conflitos familiares através da autocomposição, com a utilização das modalidades consensuais. Este projeto também se propõe a promover cidadania⁶ (no seu sentido amplo) uma vez que a Casa da Família permite a participação ativa do cidadão na construção de soluções duradouras e na pacificação dos litígios.

4. SERVIÇOS OFERECIDOS

A Casa da Família localizada no estado do Rio de Janeiro oferece diversos serviços consensuais e autocompositivos, tais como: Oficinas de Parentalidade; Oficina de Convivência; Círculos Restaurativos; Constelação Familiar; Conciliação Pós-Constelação; Conciliação; Mediação Pré-Processual; Mediação Judicial; Mediação Digital; Registro Tardio; Primeira Via da Carteira de Identidade etc.

⁶ Como explica Barreto Junior (2010, p.16) “a cidadania sob o ponto de vista restrito considera o direito de participar do processo de tomada de decisão política, seja como eleitor, seja como elegível. A cidadania em sentido amplo é encontrada no conjunto dinâmico de direitos e obrigações que determina o grau de inclusão do sujeito nas diversas esferas da convivência social”.

Para não tornar o trabalho extenso, faremos alguns apontamentos a cerca dos serviços disponibilizados na Casa da Família.

De acordo com o artigo 3º do Ato Normativo 14/2017 que criou o projeto no âmbito do TJRJ, após a triagem inicial feita na Casa da Família, as partes são encaminhadas para a Oficina de Parentalidade⁷ que tem a finalidade de pré-mediação familiar, na forma do artigo 3348 do Novo Código de Processo Civil. Depois da Oficina de Pais e Filhos as famílias são direcionadas para os outros meios autocompositivos de resolução de controvérsias.

As Oficinas de Convivência são destinadas as famílias envolvidas em conflitos de vizinhança; enquanto o Círculo Restaurativo é um projeto do TJRJ em parceria com a empresa siderúrgica Ternium e o Laboratório de Convivência da Mônica Mummi e tem por intuito solucionar os conflitos familiares utilizando os preceitos da justiça restaurativa; por sua vez a Constelação Familiar é uma parceria do TJRJ com a Práxis e realiza uma abordagem do litígio através do método sistêmico desenvolvido pelo alemão Bert Hellinger.

Cabe mencionar que o Registro Tardio e a primeira via da Carteira de Identidade são serviços oferecidos às famílias financeiramente hipossuficientes, pois o Tribunal de Justiça percebeu que algumas crianças não possuíam certidão de nascimento e os respectivos pais não possuíam carteira de identidade. Em razão disto, o TJRJ em parceria com o Detran/RJ fornece gratuitamente a primeira via do Registro Geral (RG) para as famílias carentes.

5. LOCAIS DE ATENDIMENTO

Conforme o Ato Normativo 14/2017, os CEJUSC's devem instalar as Casas da Família para funcionarem como um espaço destinado à prevenção e resolução de conflitos. O desembargador Cesar Cury explicou como foram escolhidos os primeiros locais que receberam à Casa da Família no estado do Rio de Janeiro:

Durante um ano e oito meses, desenvolvemos um projeto piloto nos Fóruns de Bangu e Santa Cruz, com resultado de quase 100% na solução dos conflitos entre os casais. Assistidos pelos mediadores, casais desistiram

⁷ A Oficina de Parentalidade, também conhecida como Oficina de Pais e Filhos, tem por objetivo provocar reflexões nos pais e mães que passam por conflitos relativos a ruptura da relação conjugal.

⁸ O artigo 334 do NCPC dispõe que “se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.”, hipótese em que, ao final das exposições, às famílias serão encaminhadas para a realização dos procedimentos que se fizerem necessários”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 12 out. 2018.

dos processos na Justiça, outros não voltaram com novas ações e grande parte não precisou entrar com processo para discutir a separação. (TJRJ, 2017)

Foram inauguradas, simultaneamente, as Casas da Família nos fóruns regionais de Bangu e Santa Cruz no dia 27 de novembro de 2017, posteriormente foi implantada no fórum da Leopoldina no dia 11 de dezembro de 2017. O intuito do TJRJ era inaugurar uma Casa da Família no fórum da Barra da Tijuca no dia 18 de janeiro de 2018⁹, mas a inauguração foi adiada por razões de logística. As Casas da Família são coordenadas respectivamente pela juíza Ellen Mesquita, pela juíza Mylene Vassal e pelo juiz André Tredinnick.

O Tribunal de Justiça tem por objetivo inaugurar novas Casas da Família nos 30 Cejusc's existentes no Rio de Janeiro, até o presente momento 20 juízes solicitaram a implementação do projeto ao TJRJ.

6. RESULTADOS PRELIMINARES

Durante a pesquisa preliminar realizada no NUPEMEC, o órgão informou que os resultados alcançados pelo projeto chegavam a 96,25%10. Para embasar o presente artigo científico, foram solicitados os dados estatísticos referentes às Casas da Família inauguradas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, todavia, os Cejusc's de Bangu e Leopoldina não forneceram os dados requeridos.

Cabe salientar que o único local que forneceu os dados estatísticos foi o Cejusc Santa Cruz. Assim sendo, desde a inauguração da Casa da Família (em novembro de 2017) até o presente momento, foram atendidas 17 famílias no Centro de Mediação e Solução de Conflitos em Santa Cruz.

Todas as 17 famílias foram encaminhadas para a Oficina de Parentalidade, conforme orientação do artigo 3º do Ato Normativo 14/2017, mas apenas 16 famílias compareceram. De acordo com os servidores públicos da Casa da Família de Santa Cruz, o percentual das oficinas é calculado através de uma pesquisa de satisfação preenchida pelos participantes no final das apresentações. Os resultados obtidos na Oficina de Pais e Filhos foram os seguintes:

- **Encaminhamento das famílias para a Oficina de Parentalidade:** 16 Famílias

Pesquisa de Satisfação

I - Qual o seu grau de satisfação com a oficina:

⁹ As Casas da Família de Bangu, Santa Cruz e Barra da Tijuca ficam localizadas na zona oeste do Rio de Janeiro, enquanto a Casa da Família da Leopoldina está localizada na zona norte do Rio.

¹⁰ Disponível em: <http://amaerj.org.br/noticias/tribunal-vai-inaugurar-casa-da-familia-na-barra-da-tijuca/>. Acesso em: 08 out. 2018.

(08) Muito Satisfeito

(05) Satisfeito

(01) Pouco Satisfeito

(02) Não Respondeu

Em seguida as famílias foram encaminhadas para a Constelação Familiar; o percentual da Constelação também é calculado com base na pesquisa de satisfação preenchida pelos participantes no final da dinâmica. Os resultados alcançados na Constelação Familiar foram os seguintes:

- **Encaminhamento das famílias para Constelação Familiar:** 17 Famílias

Pesquisa de Satisfação

II - Você se sentiu satisfeito em fazer parte da sessão de constelação familiar:

Sim (17)

Mais ou menos (0)

Não (0)

Após a Constelação, as famílias foram encaminhadas para a Mediação; o percentual deste método autocompositivo é calculado com base no número de acordos realizados pelos interessados. Desta forma, os resultados apresentados pela Mediação na Casa da Família foram os seguintes:

- **Encaminhamento das famílias para a mediação:** 17 Famílias

Porcentagem de resolução dos conflitos

Acordos- 06

Sem início-03

Desistência-01

Em andamento-07

É importante explicar que os outros meios autocompositivos de resolução de conflito oferecidos na Casa da Família, tais como Oficina de Convivência; Círculos Restaurativos; Registro Tardio etc., estavam em fase de implementação, por esta razão o Cejusc Santa Cruz não possui dados estatísticos destes serviços.

No dia 27 de novembro de 2018 o Cejusc Bangu realizou uma palestra para celebrar o aniversário de 1 ano de inauguração da Casa da Família. Na ocasião a juíza Ellen Mesquita explicou a origem e o objetivo do projeto, bem como o trabalho desenvolvido pela equipe multidisciplinar. Além disso, a magistrada

informou que 242 (duzentos e quarenta e duas) famílias foram atendidas na Casa da Família localizada em Bangu.

A juíza também explicou que 240 (duzentos e quarenta) famílias foram encaminhadas para Oficinas de Parentalidade e que as mesmas preencheram um questionário de satisfação no final das apresentações. Os resultados obtidos na Oficina de Pais e Filhos foram os seguintes:

- **Encaminhamento das famílias para a Oficina de Parentalidade:** 240 Famílias
Pesquisa de Satisfação
I - Qual o seu grau de satisfação com a oficina:
(133) Muito Satisfeito
(97) Satisfeito
(05) Pouco Satisfeito
(01) Insatisfeito
(04) Não Respondeu

7. FALHAS DO PROJETO

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro menciona em todas as entrevistas concedidas que a Casa da Família é um projeto inovador, inédito, jamais visto no Judiciário brasileiro¹¹ e que foi desenvolvido pelo NUPEMEC do Rio. Contudo, esta informação não procede, visto que a criadora do projeto é a magistrada Vanessa Aufiero e a Casa da Família existe desde abril de 2016 em São Paulo, porém menção alguma é feita ao nome da juíza, com isso o TJRJ leve todo o crédito pelo projeto.

A primeira falha detectada no projeto do Rio de Janeiro foi a pouca quantidade de funcionários na Casa da Família, pois o NUPEMEC não disponibilizou novos servidores para trabalharem nesses espaços. Na prática o que ocorre é a acumulação de funções, isto é, os funcionários públicos executam as tarefas do Centro Judiciário de Solução de Conflito e as funções da Casa da Família, o que gera uma sobrecarga de trabalho.

Além disso, a triagem inicial das famílias vem sendo realizada por voluntários que não possuem a capacitação exigida pelo artigo 6º do Ato Normativo 14/2017. A capacitação da equipe técnica é de fundamental importância por-

¹¹ Para maiores informações acesse: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5201738>. Acesso em: 12 out. 2018.

que são eles que encaminham as famílias para os meios autocompositivos que atendam aos interesses e as necessidades das partes. Se o profissional não possui tal expertise, o mesmo não está apto para atender as famílias e auxiliá-las na resolução dos conflitos.

Outra falha que afeta o funcionamento do projeto é a falta de comprometimento dos voluntários, visto que alguns deles não comparecem no dia escolhido para o atendimento às famílias e quando aparecem no dia selecionado os voluntários chegam atrasados, pois a ausência de "fiscalização" facilita o não cumprimento dos horários. Cabe ressaltar que os voluntários assinam um Termo de Adesão ao Serviço Voluntário no qual se comprometem a observar a cláusula referente ao dia e horário escolhido para o desempenho das funções¹².

É importante destacar também que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem por escopo reduzir a taxa de congestionamento processual existente no Direito de Família e para alcançar este objetivo o TJRJ implementou as Casas da Família. Entretanto, se o Tribunal focar apenas no aspecto quantitativo, ao invés de focar nas pessoas que procuram atendimento, tal enfoque desumaniza o acolhimento às famílias, padroniza o serviço e descaracteriza o projeto.

A pouca divulgação pelo NUPEMEC, pelos CEJUSC's e pelo TJRJ é mais uma falha que afeta diretamente os trabalhos desenvolvidos na Casa da Família, uma vez que a baixa adesão ao projeto decorre da falta de conhecimento da população a respeito deste espaço. Quando o projeto foi inaugurado no Rio de Janeiro, a divulgação da Casa da Família era feita no site do Tribunal de Justiça, no facebook do NUPEMEC e nos fóruns regionais do estado, contudo tal divulgação não foi suficiente para atrair as famílias.

Convém ressaltar que a dispensa da participação dos advogados¹³ nos procedimentos realizados na Casa da Família é outro erro que precisa ser corrigido pelos organizadores do projeto. De acordo com a Amaerj¹⁴ a Casa da Família tem por objetivo "resolver os conflitos familiares sem a necessidade de processo judicial, afastando métodos impositivos e dispensando a participação dos advogados".

A informação publicada no site da Amaerj não procede, posto que nos conflitos familiares existem questões objetivas (tais como o percentual da pensão

¹² Para mais detalhes acesse: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/programa-de-voluntariado>. Acesso em: 16 de jan. de 2019.

¹³ Para mais informações acesse: <http://amaerj.org.br/noticias/zona-oeste-ganha-casas-da-familia-na-segunda-feira/>. Acesso em: 08 out. 2018.

¹⁴ A Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (AMAERJ), nasceu em 1991, logo após a fusão da Associação dos Magistrados Fluminenses (AMF) – fundada em 7 de junho de 1954 – com a Associação dos Magistrados do Estado da Guanabara (AMAEG), criada em 1º de junho de 1958, quando o Rio de Janeiro ainda era capital federal do país e, em razão disso, batizada como Associação dos Magistrados do Distrito Federal (AMADF).

alimentícia, guarda compartilhada, alienação parental etc.) que precisam ser resolvidas pelo ex-casal com o auxílio e a expertise de um profissional do Direito. Desta maneira, a presença do advogado continua sendo indispensável porque a equipe técnica da Casa da Família não está autorizada a esclarecer qualquer dúvida jurídica dos participantes, devendo orientá-los a procurar um(a) advogado(a).

Outra falha detectada no projeto é a pouca participação da Defensoria Pública na Casa da Família, apesar do convênio existente entre a Casa e a DPE do Rio. Por vezes quando a família é assistida pela DPE, esta é convidada a comparecer para acompanhar os interessados nas sessões de mediação, conciliação etc., todavia, é rara a atuação da Defensoria Pública nos métodos autocompositivos.

A Defensoria Pública alega que o número reduzido de defensores públicos impossibilita a participação na Casa da Família. Quando surge uma dúvida jurídica, durante a autocomposição, pelo fato do profissional da Casa estar proibido de prestar assistência jurídica aos participantes, o mesmo deve paralisar o procedimento e recomendar que os interessados procurem a DPE para que o órgão forneça as orientações jurídicas necessárias. Após os esclarecimentos, os interessados retornam para a Casa da Família e a equipe multidisciplinar dá prosseguimento a autocomposição.

8. CASA DA FAMÍLIA: NOVO MODELO MULTIPORTAS?

A ideia de um “centro abrangente de justiça”¹⁵, conceito criado pelo professor Frank Sander da Universidade de Direito de Havard em 1975 e que posteriormente ganhou o nome de Tribunal Multiportas pela American Bar Association¹⁶, surgiu durante os estudos do professor a respeito dos aspectos legais e dos direitos dos casais que viviam em união estável na Suécia. Durante a sua pesquisa o professor Sander percebeu que os tribunais suecos, apesar de possuírem uma vasta experiência no Direito de Família, não apresentavam resultados satisfatórios na resolução dos conflitos familiares.

¹⁵ Como explica o professor Frank Sander (FGV, 2012, p. 32): “após aquela palestra na Pound Conference, no verão de 1976, uma das revistas da ABA [American Bar Association — Ordem dos Advogados dos Estados Unidos] publicou um artigo sobre essa conversa. Na capa da revista, uma grande quantidade de portas, representando o que chamaram de Tribunal Multiportas. Eu tinha dado um nome bem mais acadêmico: “centro abrangente de justiça”, mas muitas vezes o rótulo que se dá a uma ideia depende mais da divulgação e da popularidade dessa ideia. Assim, devo à ABA esse nome de fácil assimilação: Tribunal Multiportas”.

¹⁶ A American Bar Association (ABA) é a Ordem dos Advogados dos Estados Unidos, fundada em 21 de agosto de 1878, é uma associação voluntária de advogados e estudantes de direito, que não é específica de nenhuma jurisdição nos Estados Unidos.

Em razão disto, o doutrinador Frank Sander elaborou o conceito de um centro de resolução de disputas com uma variedade de “portas” ou métodos através dos quais os jurisdicionados poderiam solucionar os seus conflitos. Para Sander o “centro abrangente de justiça” seria um local que concentra múltiplos métodos de soluções de litígios e a escolha da “porta” mais adequada levariam em consideração as características das partes envolvidas, as peculiaridades do caso e as especificidades do conflito. É importante destacar que a escolha do método ou “porta” mais apropriado não impede o acesso aos outros meios auto-compositivos.

Segundo o professor Frank Sander o Tribunal de Múltiplas Portas não precisa estar inserido dentro do sistema jurisdicional, contudo o Tribunal de Justiça é o primeiro local que o jurisdicionado procura para solucionar os seus litígios, deste modo nada melhor do que tornar o Poder Judiciário uma das portas do centro de resolução de disputas.

Quando o Poder Judiciário institucionaliza os métodos adequados de solução de conflito e concentra todos os meios autocompositivos em um mesmo local, o Judiciário atua como um “centro abrangente de justiça”. Os métodos ou “portas” funcionam como uma espécie de filtro através do qual se evita a judicialização dos conflitos, chegando ao conhecimento do juiz (ultima ratio) apenas os casos de alta complexidade.

Dado ao exposto percebe-se uma semelhança entre a Casa da Família e o sistema de múltiplas portas (multiportas) criado pelo professor Frank Sander de Harvard, uma vez que a Casa da Família é um espaço destinado à prevenção e resolução dos conflitos através de vias plurais, essas vias seriam os métodos adequados de solução de litígio.

Quando um conflito é relatado para a equipe multidisciplinar da Casa da Família, os profissionais fazem uma triagem inicial, em seguida realizam o mapeamento do caso, analisam as características das pessoas envolvidas, avaliam as especificidades do conflito e direcionam as famílias para o método (ou “porta”) mais apropriado para a resolução do litígio. É indiscutível que o conflito faz parte da natureza humana, contudo a Casa da Família tem por escopo promover uma transformação qualitativa das famílias, para que aprendam a resolver os seus conflitos de maneira positiva, evitando o confronto e priorizando o diálogo.

CONCLUSÃO

Percebe-se que a crise no Poder Judiciário possui múltiplos fatores, tais como: a judicialização dos conflitos políticos e sociais; o acesso irrestrito e indiscriminado ao sistema de justiça; a sobrecarga de ações; a morosidade na tramitação dos processos; ineficácia e ineficiência da tutela jurisdicional; a cultura da judicialização; o aumento do tempo de tramitação processual (especialmente no

1º grau de jurisdição); a incapacidade operacional; a falta de democracia no acesso à justiça entre outros.

Para conter o avanço da crise, o Conselho Nacional de Justiça implementou novas políticas públicas no sistema jurisdicional brasileiro. Por sua vez o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro inaugurou a Casa da Família com escopo de reduzir a alta taxa de congestionamento processual, principalmente no que tange aos conflitos de família. Além disso, o TJRJ pretende, através deste projeto, proporcionar um atendimento adequado para os litígios familiares, recebendo de modo individualizado e humanizado as famílias envolvidas nos mais diversos tipos de conflitos, oferecendo-lhes um tratamento especializado, multidisciplinar e autocompositivo de resolução dos litígios.

O presente estudo observou que a Casa da Família tem caráter preventivo porque evita a judicialização de novos casos e resolutivo, pois soluciona com rapidez os processos em tramitação; possibilita um acesso inclusivo a Justiça e estimula uma cultura de paz por meio do diálogo e do consenso. O projeto apresenta algumas falhas pontuais que precisam ser corrigidas para que o atendimento às famílias não fique comprometido, mas em linhas gerais a Casa da Família apresenta excelentes resultados no que se refere ao tratamento e pacificação dos conflitos familiares.

O trabalho desenvolvido na Casa da Família se assemelha ao conceito de Tribunal de Múltiplas Portas idealizado pelo Professor Frank Sander em 1975, visto que os conflitos de família são tratados através de vias plurais ou múltiplas portas, isto é, pelos meios adequados e autocompositivos de resolução de controvérsias.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de soluções de conflitos no Brasil / Rio de Janeiro*: Editora FGV, 2012. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10438/10361>>. Acesso em: 30 set. 2018, 18:10:00.

BARRETO JUNIOR, M.L. *Cidadania, Conceito e Evolução Histórica*. Diritto & Diritti, v. 1, p. 1-21, 2010.

BRASIL. *LEI No 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: 2002. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2018, 19:30:00.

BRASIL. *Lei 13.105/2015, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: 2015. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>
Acesso em: 25 set. 2018, 14:34:00.

DESJUD. *Justiça da família vive momento especial em São Vicente*. São Paulo: 2016. Disponível em <<http://www.desjud.com.br/2016/07/21/justica-da-familia-vive-momento-especial-em-sao-vice>>. Acesso em: 06 out. 2018, 17:20:00.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada*: autocomposição em direitos coletivos. *Civil Procedure Review*, v.7, n.3: 59-99, sept.-dec., 2016.

LEORATTI, Alexandre. *Projeto de mediação em casos de família resulta em acordo em 96% das vezes no RJ*. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em <<https://www.jota.info/justica/projeto-de-mediacao-em-casos-de-familia-resulta-em-acordo-96-das-vezes-no-rj-16012018>>. Acesso em: 20 set. 2018, 20:10:00.

RIO DE JANEIRO. Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. *Tribunal vai inaugurar Casa da Família na Barra da Tijuca*. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: <http://amaerj.org.br/noticias/tribunal-vai-inaugurar-casa-da-familia-na-barra-da-tijuca/>. Acesso em: 08 out. 2018, 07:30:00.

RIO DE JANEIRO. Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. *Zona oeste ganha Casas da Família na segunda-feira*. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: <http://amaerj.org.br/noticias/tribunal-vai-inaugurar-casa-da-familia-na-barra-da-tijuca/>. Acesso em: 08 out. 2018, 09:00:00.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Ato Normativo 14/2017. Estrutura nos CEJUSC's, nas Regionais de Bangu, Barra da Tijuca, Leopoldina e Santa Cruz, as Casas da Família para prover serviços necessários ao adequado tratamento dos conflitos familiares, atendendo o artigo 694 do CPC*. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=204497&integra=1>. Acesso em: 06 out. 2018, 08:00:00.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Em 2018, serão inauguradas novas unidades da Casa da Família*. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5201738>>. Acesso em: 12 out. 2018, 06:00:00.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *TJ do Rio inicia atendimento da Casa da Família em Bangu e Santa Cruz*. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/525060744/tj-do-rio-inicia-atendimento-da-casa-da-familia-em-bangu-e-santa-cruz>>. Acesso em: 12 out. 2018, 07:30:00.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *TJRJ começa atendimento na Casa da Família na Leopoldina*. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em <<https://tj->

rj.jusbrasil.com.br/noticias/525060744/tj-do-rio-inicia-atendimento-da-casa-da-familia-em-bangu-e-santa-cruz>. Acesso em: 12 out. 2018, 08:30:00.

SPENGLER, Fabiana Marion; OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. *O Fórum Múltiplas Portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social*. Curitiba: Multideia, 2013.

DIREITO PROCESSUAL EM HABERMAS: O seu papel na teoria da adjudicação

Ernesto Boulhosa

Doutorando no Programa de Pós Graduação em Direito, Instituições e Negócios do PPGDIN/UFF. Belém, Brasil.

boulhosajus@gmail.com

RESUMO

O intuito deste trabalho é explicitar o papel do direito processual na teoria da adjudicação de Jurgen Habermas. Tendo em vista a importância que o direito processual e o processo judicial tem adquirido na realidade brasileira, este trabalho se preocupou por meio da teoria habermasiana em investigar o papel que esta dimensão possui nas suas problemáticas filosóficas. Utilizando como metodologia um levantamento bibliográfico e análise conceitual será demonstrado que o direito processual ganha em importância devido as tentativas de Habermas de preencher os déficits filosóficos de Dworkin para responder ao problema da complexidade de Luhmann. O problema do pluralismo cultural, da precariedade cognitiva e a diferença entre direito e moral nas sociedades complexas constituirão os capítulos para demonstrar como o direito processual se configura no ponto de vista filosófico como uma teoria das condições discursivas da argumentação para as sociedades contemporâneas.

Palavras-chave: Filosofia do Direito; Teoria do Direito; Direito Processual.

INTRODUÇÃO

No contexto do *Novo Código de Processo Civil* em que existe uma preocupação em fomentar uma cultura da fundamentação do direito, dos precedentes e da celeridade processual; num contexto de crescimento das investigações sobre gestão dos tribunais e gestão processual e num contexto de crescimento do interesse pela investigação de novas formas de resolução de conflito se justifica uma problemática conceitual e filosófica a respeito do direito processual (ABBOUD E STRECK, 2015; MELO, 2017; MARINONI, 2009; RAMIRES, 2009; CAPPELLETTI E GARTH, 1988; BOAVENTURA, 1986; COELHO, 2015).

Isso porque, uma filosofia sobre o direito processual consiste numa investigação teórica a respeito dos fundamentos de uma dimensão do direito o qual lida com procedimentos e instituições responsáveis pelas condições de imparcialidade da argumentação judicial, por condições que garantam o acesso à

justiça e por condições que permitam que as partes tenham acesso a seus direitos.

Dentro desse contexto, o intuito deste trabalho é realizar uma explanação sobre o papel do processo judicial na teoria de Habermas, mais especificamente, na sua teoria da adjudicação. De como Habermas se apropria do debate anglo saxão da filosofia do direito, a respeito do problema da indeterminação do direito e, realizando incorporações dos desafios postos por Luhmann e pela teoria da argumentação ele vai oferecer uma teoria do direito sensível ao problema da complexidade no qual o processo judicial vai ter um papel importante.

O problema da indeterminação do direito se caracteriza como uma problemática da jusfilosofia, expressa principalmente na teoria de Hart, no qual se chega a constatação que a linguagem dos direitos modernos se configura de uma textura aberta e que, aquele ideal do positivismo formalista de formular uma norma que possa regular sua própria aplicação é deficitário. Nesse viés, se abre o problema de como oferecer garantias filosóficas para uma resposta correta.

Já o problema da complexidade se configura como um novo paradigma da jusfilosofia, em que a problemática agora não é a respeito da indeterminação do direito. Mas a respeito da como os participantes da adjudicação possuem conhecimento limitado e tempo exíguo para realizarem e elaborarem uma argumentação. Neste viés, a linguagem da teoria social e do processo judicial terão importância central. Da teoria social uma vez que, a autocompreensão da adjudicação como uma ordem social interpretativa vai se acentuar, visto a constatação de que, a adjudicação é construída por dinâmicas os quais estão para além do controle e compreensão dos sujeitos jurídicos.

Do processo judicial, porque ele vai se tornar um discurso por excelência da possibilidade da institucionalização de condições argumentativas os quais possam de um lado, oferecer garantias de uma resposta correta, mas por outro lado, oferecer possibilidades da institucionalização de condições discursivas os quais possam lidar com o déficit cognitivo e temporal dos participantes de uma adjudicação.

A metodologia utilizada foi um levantamento bibliográfico no qual foi lido e analisado escritos do Habermas e de outros autores para se investigar e explicar quais as estratégias conceituais e teóricas, tendo em vista suas problemáticas, que Habermas utilizou na sua abordagem sobre o direito processual.

1 O PROBLEMA DA INDETERMINAÇÃO DO DIREITO: O DEBATE HART-DWORKIN

A recepção do debate Hart e Dworkin é central para se compreender a teoria de Habermas. Isso porque, Habermas vai ser um teórico o qual vai

recepcionar esse debate, principalmente nos termos das premissas de Dworkin, e defender um modelo narrativo do direito como garantia de uma resposta correta. Porém, como será demonstrado no próximo capítulo, tal recepção será crítica.

Hart foi um teórico que renovou o positivismo anglo saxão realizando uma formulação original do positivismo. Tal formulação vai dizer que o direito é constituído por uma linguagem de textura aberta, no qual é constituído pelo consenso das comunidades jurídicas de especialistas e não especialistas do direito (HART, 2007, p.149; RODRIGUEZ, 1997, p.71).

Tal premissa teórica consiste numa resposta as tradições formalistas e realistas do direito. As formalistas por terem uma concepção errônea da norma jurídica como regra, tendo em vista acreditar que uma regra jurídica é capaz de regular sua própria aplicação. Já as realistas por acreditarem num ceticismo de regras, o qual apesar de existirem regras jurídicas, os participantes da adjudicação realizam suas práticas por motivos psicológicos ou sociológicos (HART, 2007, p.148).

Hart vai ser crítico em relação a essas duas tradições estabelecendo as bases do positivismo anglo saxão. Por um lado, Hart vai afirmar que o direito é uma linguagem de textura aberta que pode ser concebido como constituído por regras sócio-linguísticas os quais podem ser estudadas por um teórico do direito de maneira descritiva, ou seja, sem nenhuma avaliação moral e somente por meio de uma analítica do sentido das práticas sociais. Por outro lado, a teoria da adjudicação de Hart vai afirmar que, apesar do direito ter uma linguagem aberta, em alguns casos aplicação do direito pode se dar em forma de regras e, em outros casos, o direito pode ter uma aplicação discricionário, em que o aplicador do direito terá um poder discricionário de criar novos sentidos para as normas, em caso de lacunas (HART, 2007, p.148).

Dworkin vai se posicionar em relação a teoria de Hart e vai formular uma perspectiva filosófica o qual defenderá duas ideias: primeiro que o direito não deve ser estudado somente de maneira descritiva, mas também se deve levar em conta aspectos morais; segundo que o direito não permite o exercício de um poder discricionário, mas também seu próprio sentido tem embutido a possibilidade de uma resposta correta (DWORKIN, 1999).

No *Império do Direito* Dworkin desenvolve um modelo narrativo do direito, o qual depois de um longo debate, consiste numa resposta a teoria de Hart. Dworkin afirma que, o direito pode ser concebido como um romance em cadeia que o juiz possui a incumbência de reconstruir os sentidos desse romance da melhor maneira possível. Como pano de fundo dessa ideia, tem uma premissa de que o direito é um conjunto de práticas linguísticas e morais, os quais podem ser reconstruídos historicamente e linguisticamente. Dois pontos é importante

ressaltar: (1) a igualdade como telos moral; (2) o papel do juiz Hércules (DWORKIN, 1999, p.272).

Quando Dworkin coloca a importância da moral para o direito o fio condutor é a ideia de igualdade. Para Dworkin existe uma relação em que, os mesmos laços de solidariedade ou de igualdade, que são pressupostos por uma comunidade política, o juiz ao exercer a adjudicação, também deve ter por seus jurisdicionados. Neste viés, a prática interpretativa é um processo reconstrutivo do sentido de igualdade dos direitos dos cidadãos de terem tratamento de igual consideração e respeito (DWORKIN, 1999, p.278).

Já o juiz Hércules consiste numa garantia filosófica de que no direito se pode existir respostas corretas. O juiz Hércules consiste num exercício de se imaginar um juiz ideal, como e saber ilimitado, que pode reconstruir o direito de tal modo coerente a fim, nos casos difíceis, se pode chegar numa resposta correta. O ideal de coerência vai ser importante porque vai pressupor que, o juiz antes de tentar resolver um caso concreto, tem que respeitar os sentidos prévios presentes no texto jurídico. E não somente isso, em cada momento de interpretação o juiz vai realizar não somente a resolução do caso concreto, mas involuntariamente, reconstruir todo o direito (DWORKIN, 1999, p.294).

Habermas vai adotar essas bases de Dworkin, entretanto, vai ser crítico em relação a elas, tendo como pano de fundo o paradigma da complexidade.

2 O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE: O PROBLEMA EPISTÊMICO E O DÉFICIT SOCIOLÓGICO DO JUIZ HÉRCULES

2.1 O solipsismo judicial de Hércules

O problema da complexidade se configura como uma problemática diferente da indeterminação do direito tal como foi explicitado na Introdução. Enquanto na indeterminação do direito está preocupado de como em face da indeterminação da linguagem jurídica se pode oferecer garantias filosóficas para uma resposta correta; na problemática da complexidade se preocupa em como se pode oferecer garantias filosóficas para a institucionalização de condições argumentativas ou institucionais para uma resposta correta.

Para se começar a explicitar estas ideias, se começará pela dimensão epistêmica da indeterminação do direito, o qual tenta resolver o problema do solipsismo judicial. O problema do solipsismo judicial consistirá numa problemática de como um modelo filosófico em que o sujeito do conhecimento (o sujeito moderno) é a medida dos fundamentos da razão e do conhecimento. Tal perspectiva está associada com a virada linguística na filosofia em que, os fundamentos da razão e do conhecimento não estão mais associados com um modelo de

sujeito, mas com um modelo de linguagem intersubjetiva (HABERMAS, 1989, p.24).

A linguagem se configura como o novo modelo para se pensar os problemas filosóficos. Se antes existia uma problemática eminentemente epistemológica em que a filosofia se configurava como a juíza da razão, no sentido de demarcar qual o âmbito de validade daquilo que pode ser conhecido ou não; durante o século XX percebeu-se que muitas problemáticas filosóficas foram postar por disciplinas não filosóficas como a psicanálise ou a sociologia. E no próprio âmbito da filosofia, principalmente com as contribuições da hermenêutica e do pragmatismo, chegou-se a conclusão que antes do sujeito do conhecimento conhecer, já existe um jogo de linguagem prévio a este conhecimento (HABERMAS, 1989, p.18)

A principal consequência no âmbito da filosofia e das ciências humanas é uma guinada linguística em que a linguagem se torna uma problemática central para o exercício do conhecimento científico e para o exercício da própria filosofia. Esta, na perspectiva de Habermas, não se configura mais como a juíza do conhecimento, mas como a guardiã da racionalidade (HABERMAS, 1989, p.30).

E na teoria do direito não será diferente. A partir de Hart, como já foi explicitado, a filosofia não pode prescindir de uma concepção de razão baseada na linguagem, haja vista ela é a condição de possibilidade do conhecimento jurídico.

A virada linguística terá vários significados, várias dimensões e abrirá um leque de problematizações em vários níveis. Mas o que vai interessar aqui é a perspectiva do juiz Hércules. A perspectiva do juiz Hércules está associada a como pós virada linguística se pode pensar em garantias filosóficas de uma resposta correta (DWORKIN, 1999, p.237).

O juiz Hércules como um juiz ideal vai servir como um modelo de personificação de uma prática jurisdicional coerente. O juiz Hércules servirá como um modelo de que o direito pode ser considerado como uma prática narrativa que possui o sentido prévio. Esse sentido prévio está sempre “oculto” para o intérprete jurídico. Porém, principalmente nos casos difíceis, essa dimensão oculta aparece. Nos casos difíceis o juiz Hércules assume uma postura reconstrutiva de buscar os sentidos mais profundos da tradição jurídica ou dos sentidos dos atos dos soberanos, afim de reconstruir buscar uma resposta correta (DWORKIN, 1999, p.295).

Entretanto o paradigma da complexidade vai endossar uma perspectiva crítica em relação a problemática do juiz Hércules. O paradigma da complexidade, o qual vai incorporar preceitos da virada linguística, guinada sociológica e da teoria da argumentação, vai colocar a problemática se, no ponto

de vista das sociedades modernas, se pode oferecer uma garantia filosófica de um direito coerente, em sociedades marcadas pelo pluralismo cultural.

A perspectiva de Dworkin é que em sociedades contemporâneas marcadas por diferentes modos de vida culturais ou por eticidades se deve questionar a possibilidade de encontrar práticas de igualdade e de reconhecimento mútuo o qual são constituintes destas práticas que servem como garantias filosóficas para a transcendência dos modos de vida culturais. Em outras palavras, Dworkin por ser um liberal, vai oferecer uma garantia filosófica de que, em sociedades marcadas por diferentes modos de vida culturais, se pode encontrar um sentido de imparcialidade nas práticas de igualdade.

No ponto de vista da adjudicação, Dworkin vai colocar o juiz Hércules como um juiz imparcial o qual, será capaz de oferecer um modelo de resposta correta, contanto que, o juiz seja sensível aos aspectos significativos da tradição jurídica e narrativa jurídica.

Porém, o paradigma da complexidade, seguindo a guinada linguística, vai colocar sob suspeita essa perspectiva. Ela vai partir do pressuposto de que, o juiz Hércules ao assumir sozinho uma postura de equidistância frente aos preconceitos culturais, corre o perigo de adotar uma postura solipsista. Neste viés, Habermas apostando num modelo filosófico de investigação por garantias filosóficas de imparcialidade vai investigar de que maneira determinadas condições formas de argumentação podem ser institucionalizadas nos direitos modernos (GUNTHER, 2004, p.371; HABERMAS, 1997, p.241).

Tais condições vão se constituir como garantias de que, em face de um mundo marcado pelo pluralismo cultural, se pode chegar em determinadas condições argumentativas.

Nesta perspectiva a imparcialidade vai crescer em importância assim como o direito processual. Isso porque, para Habermas é somente um modelo procedimental dialógico que vai garantir que as partes sejam capazes de transcender seus modos de vida culturais. E nas adjudicações modernas isso só pode ocorrer se houver garantias filosóficas de institucionalização de um procedimento judicial imparcial (HABERMAS, 1997, p.292).

2.2 O déficit sociológico do juiz Hércules

A segunda questão estabelecida por Habermas, seguindo o paradigma da complexidade, é a respeito do déficit sociológico do juiz Hércules. Entretanto, é necessário pontuar esta perspectiva. O déficit sociológico não significa que, Dworkin usa “pouca sociologia” ou poucos “dados sociológicos” na sua teoria do direito. Significa que, Dworkin não levou em conta uma nova ameaça a

qualquer tentativa de uma teoria normativa, que está relacionada a perspectiva de Luhmann (LUHMANN, 1980, p.37).

Luhmann vai ser um autor que vai fazer uma crítica as teorias normativas partindo do pressuposto de que, em sociedades complexas, sempre existe um problema de como as sociedades podem manter a estabilidade social em dinâmicas os quais os agentes têm poucas condições cognitivas de entender o que está ocorrendo. Nesse viés, os direitos modernos vão servir como a institucionalização de expectativas de comportamento a fim de garantir que a ordem social seja mantida (LUHMANN, 1980).

No ponto de vista da adjudicação, Luhmann vai considerar o procedimento como sistema social, o qual estabelece sua própria linguagem, tempo e papéis sociais, endossando a perspectiva de que a adjudicação judicial é construída por práticas argumentativas (e interpretativas), porém, ela também é constituída por práticas os quais participantes não tem controle nem consciência. Luhmann vai ser um teórico o qual vai estabelecer essa tensão constante no procedimento judicial (LUHMANN, 1980, p.61).

Luhmann ao considerar o procedimento como sistema social vai partir do pressuposto de que a adjudicação pode ser considerada como uma ordem social o qual é construído por uma tensão entre as práticas dotadas de sentido; e interações prévias os quais as partes nunca possuem plena consciência (LUHMANN, 1980, p.38-39).

Habermas vai recepcionar essa perspectiva e afirmar que, o juiz Hércules possui uma perspectiva deficitária da adjudicação, tendo em vista que, o direito enquanto sistema social não é capaz de institucionalizar condições institucionais de coerência do sistema, baseada somente numa teoria do juiz Hércules. Para isso, no ponto de vista filosófico, Habermas vai pressupor que as condições de coerência do sistema se institucionaliza por meio de paradigmas jurídicos, por meio de uma tríade: a ciência do direito, as partes e o juiz. É por meio de uma combinação entre um pano de fundo hermenêutico e argumentativo que Habermas realizará a crítica ao juiz Hércules de Dworkin (HABERMAS, 1997, p.274-276).

Apesar dos paradigmas jurídicos não estarem relacionados diretamente com a problemática do direito processual, de maneira indireta estão relacionados. Isso porque, assim como a imparcialidade é importante para lidar com o problema do pluralismo cultural; a imparcialidade também é importante para lidar com o problema da complexidade. Nos termos Habermasianos somente uma teoria intersubjetiva da argumentação, e consequentemente, processual, é capaz de cogitar a institucionalização ou um modelo institucional para lidar com a problemática de ambientes complexos. O juiz tem como pano de fundo não somente paradigmas jurídicos sedimentados, mas também a ajuda das partes para processar as informações. E essa ajuda se dá segundo regras processuais de

distribuição de papéis e tempo para argumentar (HABERMAS, 1997, p.292-293).

3 O PROBLEMA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Outro ponto importante para se compreender a questão do direito processual na teoria de Habermas é a diferença entre moral e direito. Tal perspectiva estará associada a estratégia habermasiana de desenvolver uma teoria cognitivista da razão e do direito. Uma teoria cognitivista se caracteriza por buscar filosoficamente a possibilidade de uma resposta racional e justa para uma argumentação moral ou jurídica (HABERMAS, 1989, p.62).

Habermas realizando uma crítica a teorias que são incrédulas a capacidade de fundamentação racional da moral, vai criar um programa de fundamentação das questões morais denominada ética do discurso. Basicamente Habermas vai defender duas ideias: que a moral pode ser fundamentada racionalmente; que a moral possui uma característica eminentemente argumentativa (HANSEN, 2003, p.63).

Entretanto, uma vez defendido a possibilidade de fundamentação racional da moral, Habermas vai ter que enfrentar o problema de uma teoria do direito o qual possa explicitar, por um lado, condições altamente idealizadas da moral; mas por outro lado, com um direito que seja adequada as sociedades complexas pode institucionalizar essas condições ideais (HABERMAS, 1997, p.291).

Neste viés, Habermas realizará uma diferenciação entre estas duas instituições.

O direito e a moral são duas instituições sociais que tem o objetivo e estabilizar as sociedades complexas. Nas sociedades pós tradicionais a tradição, o direito consuetudinário, as convenções e o costume não tem condições de estabilizar as sociedades. Neste viés, o direito e a moral surgem como dimensões funcionais que podem integrar normativamente as sociedades modernas (HABERMAS, 1997, p.148-149; MONICA, 2016, p.47-50).

As características da moral são: universalidade, abstração, e ser um sistema de saber. Respectivamente, isso significa que a sua abrangência é universal, já que as suas pretensões de validade se estendem para todos os seres humanos, independente da comunidade política ou jurídica; que a sua eficácia para a integração social é muito baixa, haja vista o elevado ônus dos indivíduos de interpretarem e estarem dispostos a seguir suas regras nas sociedades complexas; e que é um sistema de saber que somente orienta os agentes sociais a agirem de determinada forma, mas não possui poder coativo (HABERMAS, 1997, p.148-150).

Para Habermas as sociedades contemporâneas criam o direito como um sistema de ação social o qual pode servir como alternativa para suprir os déficits funcionais da estabilização e integração das sociedades complexas. O direito possui características cognitivas, motivacionais, organizatórias e inauditas, os quais são mais eficientes que a moral.

Cognitivas, visto que o direito tem um sistema político organizado, uma comunidade de especialistas e uma prática de decisão institucionalizada que determina de forma mais detalhada e precisa que a moral os seus mandamentos normativos. Consequentemente o direito possui características mais eficazes para orientar cognitivamente a conduta dos indivíduos. Motivacionais haja vista que, a moral demanda que as pessoas possuam motivação para agir moralmente e concordar com ela, já o direito possui aspectos coercitivos de preceituar que as condutas dos agentes devam ser determinadas somente pelos seus aspectos externos de sua conduta e somente com as consequências, assim o direito exige um ônus menos de motivação que a moral; organizatórios, visto que enquanto a moral é universalista e de exigente de maneira abstrata, o direito se preocupa com dimensões mais plausíveis de efetivação de seus preceitos normativos, consequentemente, somente em instituições jurídicas e políticas com seus destinatários determinados de maneira mais precisa pode-se criar mecanismos de realização da justiça; por fim, enquanto a moral se refere principalmente a pessoas, o direito criar mecanismos funcionais para imputação de deveres e direitos a pessoas fictícias (HABERMAS, 1997, p.150-154).

Essas características explicitadas demonstram que o Direito possui propriedades funcionais os quais ajudam as sociedades complexas a se estabilizarem. Além disso, explicita a importância para essa estabilidade da relação entre direito e política, o qual a moral não possui.

Habermas concluirá que somente numa Democracia que institucionalize determinado sistema de direitos pode-se conceber um Direito legítimo. Algo implícito nesta ideia, está uma abordagem que combina uma fundamentação funcional e uma fundamentação discursiva do direito o qual expressa uma tensão entre facticidade e validade (HABERMAS, 1997).

A partir daqui se pode compreender como se dá mais especificamente a abordagem do Habermas a respeito da adjudicação tendo como fio condutor a tensão entre facticidade e validade. Para Habermas, nas jurisdições modernas existe uma tensão entre a pretensão de oferecer segurança jurídica, no sentido de um conjunto de decisões que sejam iguais, baseadas na lei e possam oferecer previsibilidade para os jurisdicionados; por outro lado a pretensão de uma decisão correta em que, os jurisdicionados também tem direito a justificações que sejam bem fundamentadas, coerentes com o sistema e que tenham passado por um procedimento em que prevaleceu a força do melhor argumento (HABERMAS, 1997, p.246; MONICA, 2008, p.138).

Como já explicitado, a tensão entre facticidade e validade estabelecida por Habermas tenta responder a problemática da indeterminação do direito. Em sociedades marcadas por um direito que possui uma textura aberta, no ponto de vista da adjudicação, o direito estará em constante tensão entre a possibilidade de uma resposta correta e a pretensão de segurança jurídica.

Neste viés, Dworkin surge como um autor que tentará compatibilizar esta tensão. Dworkin ao defender um modelo narrativo do direito, soube aproveitar as contribuições positivistas do direito, no sentido de defender a vinculação das decisões a história institucional e aos imperativos de segurança jurídica, porém foi além por defender um modelo narrativo associado a uma pretensão moral (HABERMAS, 1997, p.252).

Porém, Habermas reconhece que a teoria de Dworkin possui limitações, principalmente quanto ao modelo do juiz Hércules. Não há necessidade de retomar as críticas já explicitadas a essa estratégia de Dworkin; o que é importante destacar é que no paradigma da complexidade a teoria do juiz Hércules é incapaz de lidar com a problemática do solipsismo, da complexidade e do tempo exíguo para confeccionar uma resposta correta (HABERMAS, 1997, p.272).

Como consequência, Habermas defenderá uma teoria da institucionalização de condições argumentativas nas jurisdições modernas para garantir filosoficamente que, em face de sociedades complexas, se pode oferecer a possibilidade uma resposta correta.

A teoria da argumentação de Habermas será uma recepção de Gunther, somado a outras contribuições como de Robert Alexy, em que Habermas defenderá que uma teoria da adjudicação só pode se dar como uma teoria da institucionalização das condições argumentativas em que prevaleça a força do melhor argumento. Habermas não é um teórico que simplesmente vai oferecer um modelo ideal de argumentação para o direito, mas também pensar em como se pode institucionalizar tal argumentação no ponto de vista filosófico. E aqui se pode chegar ao papel do direito processual (HABERMAS, 1997).

Habermas é um teórico que retoma o sentido cognitivista do direito, e ao mesmo tempo, defende um modelo argumentativo do direito. O sentido cognitivista do direito está associado a uma estratégia de defender a racionalidade do direito, ou seja, a sua normatividade, mas ao mesmo tempo estabelecer uma relação e diferença entre direito e moral. Para Habermas existe uma relação entre direito e moral, mas seus códigos são diferentes. A moral é um sistema de saber enquanto o direito é um sistema de ação. Uma das características deste último é o fato do direito ser constituído por uma positividade legal no campo do exercício do legislativo; e uma positividade processual no campo da jurisdição (HABERMAS, 1997; BAXTER, 2011, p.116).

O modelo argumentativo está associado a preencher os déficits da teoria de Dworkin. Para responder ao problema do solipsismo não se pode mais oferecer uma teoria da resposta correta, mas se deve oferecer uma teoria da argumentação. Nesse viés, Habermas oferece um modelo pragmático da argumentação. As práticas argumentativas do direito são razões as quais participantes resgatam a fim de justificar suas afirmações, tendo como lógica a correção normativa. A correção argumentativa não pode ser medida na perspectiva de uma verdade por correspondência, mas a partir do preenchimento de condições ideais de validade em que a força do melhor argumento pode prevalecer (HABERMAS, 1997, p.280-281).

O direito vai se configurar como condições discursivas em que uma ordem de argumentos por enquanto coerentes, construídos provisoriamente, se vê exposto a crítica ininterrupta, permitindo processo de aprendizagem segundo condições ideais (HABERMAS, 1997, p.280-282).

O processo judicial terá um papel importante para a institucionalização dessas condições. O direito processual institucionaliza uma tensão entre condições ideais e condições fáticas (HABERMAS, 1997, p.291-295)

Para Habermas em sociedades complexas as jurisdições modernas são marcadas por uma tensão entre condições fáticas da argumentação e condições ideais da argumentação. Tais condições ideais se configuram justamente como condições em que uma argumentação pode se dar de tal maneira que a força do melhor argumento possa prevalecer, como já explicitado. Já a regulamentação fática se configura em que como determinadas condições “institucionais” pode institucionalizar essas condições ideais. O direito processual vai se configurar como uma dimensão responsável pela institucionalização de condições ideais, mas ao mesmo tempo, vai trazer o problema de como essas condições ideais podem se institucionalizar tendo em vista o processo judicial (o direito) possuir uma racionalidade mais complexa que a moral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito deste trabalho foi explicitar, no ponto de vista filosófico, o papel que o processo judicial possui na teoria de Habermas. Foi explicitado que, o processo judicial pode ser compreendido dentro da perspectiva de como Habermas formula uma teoria da adjudicação o qual responde as problemáticas de Luhmann em cotejo com a teoria de Dworkin.

Basicamente, foi explicitado que o modelo da teoria de Dworkin de um juiz Hércules é incapaz de lidar com o problema do paradigma da complexidade o qual se configura como um problema do pluralismo cultural (solipsismo), o déficit sociológico de Hércules e a diferença da institucionalização do direito e da moral.

O problema do pluralismo cultural se configura de como em sociedades marcadas por diferentes modos de vida, se torna precário pensar a lida com essa pluralidade de maneira monológica. Somente uma teoria da argumentação que no ponto de vista filosófico garanta o diálogo pode oferecer garantias de chegar a uma resposta correta. Aqui o processo judicial ganhará importância tendo em vista garantir condições de institucionalização da argumentação para lidar com a pluralidade.

O déficit sociológico de Hércules se configura de como em procedimentos judiciais construídos em sociedades complexas é necessário partir do pressuposto de que, existem ordens sociais interpretativas prévias, em formas de paradigmas jurídicos, os quais permitem ou aliviam a função do juiz (e das partes) de compreender situações de complexidade. Os paradigmas jurídicos possuem a função, no ponto de vista funcional, de exercer essa função. Neste caminho, o processo judicial apesar de não oferecer diretamente uma perspectiva de institucionalização dos paradigmas jurídicos, oferece uma perspectiva de institucionalização para as condições da argumentação não solipsista, ou seja, procedimentais e dialógicas que funcionalmente são ideais para lidar com ambientes complexos.

E a diferença entre direito e moral problematiza como uma teoria do direito preocupada em institucionalizar condições discursivas em sociedades complexas necessita do processo judicial para realizar tal intuito. Neste viés, o processo judicial se configurará como uma dimensão do direito o qual garantirá que as condições ideais da moral possam ser realizadas institucionalmente, ou seja, condições que prevaleçam a força do melhor argumento.

REFERÊNCIAS

BAXTER, Hugh. *Habermas: The Discourse Theory of Law and Democracy*, Stanford, CA: Stanford University Press, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

COELHO, André. *Facticidade e Validade no Processo Judicial*. Disponível em: http://www.academia.edu/4435632/Facticidade_e_Validade_no_Processo_Judicial. Acesso em: 11. março. 2017 às 15:30.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

_____. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo, Doxa, v. 17-18, pp.271-302, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HANSEN, Gilvan. *Facticidade e Validade da desobediência civil no estado democrático de direito*. 2003, 227 f. Dissertação (Doutorado em Filosofia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

HANSEN, Gilvan. *Modernidade, Utopia e Trabalho*. Dissertação de mestrado em Filosofia Política na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 1997. MACCORMICK, Neil. H.L.A. Hart. Tradução de Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição de Corte Real. Brasília, Editora Universidade Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, São Paulo, n. 172, p. 175-232, jun. 2009.

MELO, Alessandra Ribeiro. *Da mediação extraprocessual à mediação paraprocessual: abordagem sobre a efetividade da mediação de conflitos brasileira a partir da processualística moderna*. 2017. 177 f. Dissertação (Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2017.

MONICA, Eder Fernandes. *A possibilidade de uma única resposta correta para cada caso*. 2008. 160p. Dissertação. Mestrado em Direito – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008

MONICA, Eder Fernandes. *Entre direitos fundamentais e democracia: superando a dicotomia no direito brasileiro*. Niterói: Eduff, 2016.

RAMIRES, Mauricio. *A invocação de precedente judicial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas de civil e common law no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica*. 2009, 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós graduação em direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo.

RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial*. de H. Hart y Ronald Dworkin. Santa-Fé de Bogotá. Colômbia, 1997.

SANTOS, Boaventura. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. Revista crítica de ciências sociais, n. 31, novembro de 1986

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as sumulas vinculantes?* 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

GESTÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO JUDICIÁRIO

Análise da Lei da Anistia

Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro

*Universidade Federal Fluminense, Professor Adjunto na Disciplina Internacional e Arbitragem nas Relações Privadas e Professor Colaborador do Doutorado em Direito Instituições e Negócios - PPGDIN, Rio de Janeiro, Brasil, País,
spauseiro@gmail.com*

Julia Esteves Barbosa Tavares de Almeida

*Universidade Federal Fluminense, Discente,
Rio de Janeiro, Brasil,
julia.esteves95@gmail.com*

RESUMO

O presente artigo dedica-se a destrinchar a gestão judiciária da Lei nº 6.683/79, estudando o caminho jurídico por ela percorrido desde a sua promulgação até o momento presente, com foco nas revisitações do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos quantos aos limites de sua abrangência, sobretudo no que tange à discussão da definição de “crimes conexos” imbuído na redação de seu artigo primeiro, parágrafo primeiro. Para isso, a metodologia utilizada foi o estudo casuístico da ADPF nº 153, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, bem como das condenações do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil e Vladimir Herzog vs. Brasil, e da ADPF nº 320, ajuizada pela Partido Socialismo e Liberdade, mediante a inércia do Estado em fazer cumprir a sentença internacional, nos autos do caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, que ordenou a revisitação da eficácia da Lei nº 6.683/79. Para melhor compreensão do tema, os capítulos foram divididos em quatro, sendo: contextualização histórica da promulgação da Lei da Anistia, no qual foi desenvolvido o pano de fundo e motivações que levaram à redação da Lei nº 6.683/79; estudo da ADPF nº 153, com exposição dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando seu julgamento; condenação internacional brasileira nos casos Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil e Vladimir Herzog vs. Brasil; Exposição da ADPF nº 320; e, por fim, a conclusão como capítulo de encerramento, no qual foi exposto a necessidade de coadunar a interpretação da Lei de Anistia não só com a Carta Magna brasileira, mas também com tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo País.

Palavras-chave: Lei de Anistia; Controle de Convencionalidade; Controle de Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) foi promulgada no contexto histórico de transição de um regime ditatorial para uma democracia recém-nascida, ajudando a selar, assim, o pacto que permitiu o fim do governo de exceção para o restabelecimento democrático, oficialmente sedimentado pela Constituição Federal de 1988. Desta forma, o presente artigo dedica-se a destrinchar, de maneira objetiva, o caminho jurídico percorrido pela Lei nº 6.683/79 desde a sua promulgação até os tempos modernos, com foco nas revisitações do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos quantos aos limites de sua abrangência, com o fito de entender as controvérsias ao redor do referido diploma legal.

A importância deste estudo reside no fato de que, até este momento, a Lei de Anistia vem tendo uma aplicabilidade dúbia no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo, por um lado, que as vítimas da ditadura militar busquem por reparação civil-indenizatória pelas infrações de direitos humanos perpetradas durante o regime de exceção, enquanto suprime, por outro, a persecução penal dos algozes do regime. Além disso, a interpretação de sua redação está, no momento atual, em desconformidade não só com preceitos constitucionais como também com Tratados de Direitos Humanos internalizados pelo Estado, notavelmente o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678/1992) e a Convenção Contra a Tortura da ONU (Decreto nº 40/1991), de maneira que se faz mais do que necessário assentar definitivo entendimento a respeito de seu alcance.

A hipótese aqui suscitada está coadunada com a redação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil em 21 de outubro de 2010, no sentido de que seja dada à Lei nº 6.683/79 interpretação restritiva quanto à sua abrangência, a fim de que não alcance crimes comuns praticados pelos agentes do sistema quando do período da ditadura militar. Para isso, a metodologia utilizada foi o estudo casuístico da ADPF em comento, bem como das condenações do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil e Vladimir Herzog vs. Brasil, e a da ADPF nº 320, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade mediante a inércia do Estado em fazer cumprir a sentença internacional, nos autos do caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, que ordenou a revisitação da eficácia da Lei nº 6.683/79.

Mediante, assim, o entrave que a Lei em comento representa em termos de reparação às vítimas da ditadura militar, entendimento este consolidado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição abarca o

Estado brasileiro, faz-se necessário passar à análise da mesma e suas interpretações.

1. RAÍZES E NASCIMENTO DA LEI DA ANISTIA BRASILEIRA (LEI Nº 6.683/79)

Nascida num período de transição democrática, a Lei nº 6.683/79 instituiu a anistia aos crimes eleitorais, políticos e conexos que ocorreram entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, ao longo do processo de instituição, sedimentação e enfraquecimento da ditadura militar brasileira. Por ter um corpo textual genérico, ficou conhecida como sendo uma anistia ampla e irrestrita, que se de um lado permitiu o retorno dos banidos e exilados do regime, por outro também conferiu “auto anistia” para militares acusados de graves violações aos direitos humanos.

Sua redação ampla, contudo, não foi acidental. Advinda da vontade do presidente Geisel (1974-1979) por uma abertura lenta, gradual e segura ao processo democrático, a Lei 6.683/79 concretizou-se “nos termos que o governo queria, mostrou-se mais eficaz aos integrantes do aparato de repressão do que aos perseguidos políticos [e] (...) ficou restrita aos limites estabelecidos pelo regime militar e às circunstâncias de sua época” (MEZARROBA, 2006, p. 29), o que fez com que a transição do regime militar para a democracia brasileira não fosse um processo revolucionário. Pelo contrário: objetivava-se a abertura democrática, mas sem perder o controle das instituições de poder.

Contudo, faz-se imprescindível reconhecer o papel popular exercido no processo de anistia, que passou a ganhar mais voz justamente pelo endurecimento da postura governamental perante os seus opositores. A rigidez política, por sua vez, se deu com grande amparo dos Estados Unidos da América, que, logo após a Revolução Cubana de 1959, passou a gastar mais subsídios com apoio e patrocínios dos regimes de exceção no cone sul, regimes estes cuja ambição era manter afastada a ameaça comunista da União Soviética, agora um perigo tangível após a conquista estratégica sobre o governo cubano.

Nesse sentido, sob grande influência do poderio econômico e militar norte-americano, o governo militar passou a incorporar sua Doutrina de Segurança Nacional, que acabou por moldar ideologicamente o Estado brasileiro no sentido de ojeriza extrema a qualquer forma de pensamento oposta ao modelo dos Estados Unidos. Com isso, incluiu-se também e principalmente o comunismo da União Soviética, vilão consolidado frente à potência americana desde o deslinde da Segunda Guerra Mundial e primórdios da Guerra Fria.

A Doutrina de Segurança Nacional possuía como fito a militarização da política interna e internacional, ditando que as Forças Armadas de cada país seriam as responsáveis pelo funcionamento harmônico da sociedade. Assim, na

perspectiva da política interna, “a segurança nacional destrói as barreiras das garantias constitucionais: a segurança não conhece barreiras: ela é constitucional ou anticonstitucional; se a constituição atrapalha, muda-se a Constituição” (COMBLIN, 1980, p. 56).

Ao direcionar a mira dos canhões ideológicos ao próprio povo, incorporou-se a crença de que o inimigo não era externo, de maneira que erradicá-lo acabava por significar fechar os olhos para toda a sorte de violações a direitos fundamentais dos perseguidos do sistema. Assim nasce o aparato repressivo da Ditadura Militar brasileira, cuja sistematização da tortura nos porões do DOI-CODI foi intensificada pela edição do ato institucional nº 5, de 1968, promulgado na vigência do governo Costa e Silva, que, na prática, significou a concentração de poder na figura do presidente para suspender o congresso nacional (art. 1º); suspender os direitos políticos de qualquer cidadão por dez anos (art. 4º); suas garantias constitucionais (art. 6º); e o habeas corpus em casos de crimes políticos (art. 10).

A insatisfação popular e pressão para instituição da anistia começaram a ferver no inconsciente coletivo em meados da década de 70, tendo como estopim a morte do jornalista Vladimir Herzog, em 1975, que inaugurou uma fase de denúncias a torturas e outras violações aos direitos humanos. Estas, mais do que nunca, passaram a ser retratadas na imprensa, de maneira a insuflar o repúdio popular pelas arbitrariedades cometidas pelo Estado e o sentimento abertamente hostil quando aos métodos utilizados pelos opressores. Nesse sentido, foram iniciadas as primeiras articulações para se construir um movimento em favor da Anistia.

Mediante o cenário de delineação de seus contornos, o debate em voga passou a ser ao redor da amplitude da anistia, de importância estratégica para a gradual transformação do regime autoritário para um governo democrático e civil. Os agentes do governo militar, temendo sofrerem represália pelas atrocidades cometidas enquanto estavam no poder, pressionaram pela redação de uma anistia “ampla e irrestrita”, fazendo lobby até a aprovação da Lei, que, nos moldes dos interesses da camada militar, foi recepcionada no Congresso Nacional com redação inalterada, elaborada pelo partido Arena.

Assim foi promulgada a Lei nº 6.683/79 tal como é conhecida, tendo como objeto uma anistia imparcial e genérica, que serviu aos interesses do aparato militar ainda governante à época de sua promulgação, de maneira a abrir lenta e gradualmente espaço para o restabelecimento democrático, sem necessidade de conflito ou total ruptura com as estruturas de poder vigentes.

A Lei de Anistia Brasileira foi, ao mesmo tempo, símbolo do recuo ditatorial frente a um avanço democrático e também a maneira mais conveniente de deixar os militares saírem “pela porta dos fundos”, sem barulho e nem alarde, em relação às infrações aos direitos humanos cometidas enquanto o grupo estava

no poder. Esse caráter dual da Lei nº 6.683/79 foi a verdadeira “pedra no sapato” da justiça de transição brasileira, que viria, ainda que de maneira insuficiente, a instaurar-se no Brasil após o regime ditatorial que por aqui se arrastou por cerca de vinte anos.

Esclareça-se que justiça de transição refere-se ao conjunto de medidas judiciais implementadas no sentido de “remediar” o legado de abusos aos direitos humanos perpetrados por dado governo ou sistema de caráter de exceção, geralmente após o reestabelecimento democrático. A anistia de 1979 invadiu o espaço da justiça transicional quando, da redação de seu artigo primeiro, ficou estabelecido o perdão judicial a “crimes políticos e seus conexos”, acobertando, assim, os militares que participaram e sustentaram o golpe de 1964 por vinte e um anos.

Nesse sentido, o avanço e sedimentação do pensamento democrático regurgitou questões teoricamente já assentadas da justiça de transição, como o alcance e limites da Lei nº 6.683/79. Sob a égide da Constituição de 1988, as questões relativas aos direitos fundamentais começaram a ganhar mais força, de modo que a Lei da Anistia foi – e ainda é – alvo de diversos e intensos debates a respeito de sua constitucionalidade e convencionalidade.

2. GESTÃO DA LEI Nº 6.683/79 NO JUDICIÁRIO – A ADPF 153.

A primeira e mais importante tentativa de gestão da Lei de Anistia (Lei 6.683/79) no judiciário foi através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, protocolada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 21 de outubro de 2008. A OAB, ao propor a referida ação, teve o intuito de exigir do Supremo uma interpretação mais restritiva a respeito do artigo primeiro da Lei nº 6.683/79 que estabelece anistia a “crimes políticos e seus conexos”, de maneira a não se estender o perdão judicial aos crimes cometidos pelos agentes públicos. Isto porque, para a Ordem, os crimes cometidos pelos agentes de Estado seriam crimes comuns, cometidos contra a oposição política com o fito de neutralizá-la, e não políticos, sendo estes os crimes contrários à segurança nacional e à ordem política e social e tipificados no Decreto-Lei 314 e 898 e na Lei nº 6.620/78; ou seja, praticados por opositores do regime.

Para corroborar este argumento, a petição inicial da ADPF rebate o uso do termo “conexão” para tratar dos crimes comuns praticados pelos agentes do estado, argumentando que a conexão só poderia ser reconhecida nas hipóteses de crimes políticos e crimes comuns perpetrados pela mesma pessoa (concurso material ou formal), ou por várias pessoas em co-autoria – o que não é o caso abrangido pela Lei nº 6.683/79. Em suma: a OAB afere que não houve conexão

de propósitos entre os crimes cometidos por civis e militares e tampouco conexão criminal, em termos de direito material.

No mais, no corpo da referida ADPF, a OAB também suscitou que fossem revelados os militares e policiais responsáveis pelos crimes praticados em nome do Estado contra civis, aduzindo, para isso, que o fato dos agentes de Estado à época receberem remuneração advinda dos cofres públicos e serem anistiados pelo próprio governo seria uma afronta ao princípio republicano.

Por fim, a ADPF encerra sua peça exordial tendo como objetivo maior a procedência do pedido para que o Supremo Tribunal Federal concedesse à Lei nº 6.683/79 uma interpretação conforme à Constituição, “de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar” (ADPF nº 153, 2008, p. 29).

Em 29 de abril de 2010, por meio de acórdão publicado em 06 de agosto de 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADPF 153/DF, rejeitando, por 7 votos a 2, a inconstitucionalidade do artigo primeiro da Lei 6.683/1979. O relator do processo, ministro Eros Grau, conduziu o voto de desprovimento da ação, aduzindo, para isto, que não cabe ao Poder Judiciário a revisão de acordo político que deu origem à anistia brasileira e permitiu a redemocratização do País, tendo a Lei sido incorporada expressamente pelo diploma constitucional de 1988 através da Emenda Constitucional n 26/85, de maneira que “O acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária a revisão da lei de anistia, deverá ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo, não por nós. Como ocorreu e deve ocorrer nos Estados de Direito. Ao Supremo Tribunal Federal, repito-o, não incumbe legislar” (STF, 2010, 41-42).

Nesse sentido, seu voto foi acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Carmen Lúcia, Celso de Mello e o presidente do Supremo à época, Cesar Peluso. Tiveram voto vencido os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, que entenderam pela procedência parcial da ação, conforme se expõe:

O Ministro Gilmar Mendes entendeu que a questão não residiria na conceituação de crime político, e sim da própria característica da anistia, que possui natureza eminentemente política. Nesse sentido, defende que é competência do Congresso Nacional prover a interpretação da abrangência do perdão judicial, suscitando, para isso, comentário do jurista João Barbalho a respeito do tema (STF, 2010, p. 234):

Decretando anistia, o Congresso Nacional exerce atribuição sua privativa, de caráter eminentemente político, e nenhum dos outros danos do

poder público têm autoridade para entrar na apreciação da justiça ou conveniência e motivos da lei promulgada consagrando tal medida, que é um ato solene de clemência autorizado por motivos de ordem superior (BARBALHO, 2002, p. 113)

No mais, o Ministro também aponta a necessidade de se atentar para o contexto histórico da promulgação da lei para o processo de redemocratização, realizada através de um grande ato conciliatório, além do fato que a própria constituição de 1988 seria o resultado de um pacto entre “forças plurais e, de alguma forma, antagônicas” (CANOTILHO, 2003, p. 147-151), sendo, por isso, necessário que a mesma recepcione a Lei nº 6.683/79. Gilmar Mendes ressalta que o curso da história nos mostra que não obstante “o desnível de potencialidade ofensiva exercida durante os tempos de beligerância, é preciso observar que tanto houve agressões praticadas pelo Estado, por meio de seus agentes repressores, quanto por intermédio dos cidadãos organizados politicamente” (STF, 2010, p. 238), relativizando, assim, a tutela protecionista fornecida pela petição inicial da ADPF 153 aos crimes políticos cometidos pelos movimentos de resistência, ao igualá-los aos crimes cometidos pela liderança política do sistema. Nesse sentido, expõe que “não é possível conferir ilicitude criminal a alguns atos e, ao mesmo tempo, reconhecer que outros de igual repercussão possuem natureza distinta e podem ser justificados em razão do objetivo político ideológico que os geraram” (STF, 2010, p. 239).

O Ministro também realiza análise acerca da importância da Emenda Constitucional nº 26/85, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte e expressamente recepcionou a anistia, em seu artigo 4º, parágrafo segundo, in verbis: “Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares. §2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no "caput" deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979” (BRASIL, 1985).

Assim, aduz que esse processo legislativo e de evolução democrática “(...) nos faz positivamente diferentes em relação aos nossos irmãos latino-americanos, que ainda hoje estão atolados num processo de refazimento institucional sem fim” (STF, 2010, p. 242). Nesse sentido,

A EC n.º 26/85 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988. (STF, 2010, p. 264).

A Ministra Ellen Gracie iniciou seu voto em acordo com o desprovemento da ADPF, encabeçado pelo Min. Rel. Eros Grau, alegando, para isso,

que a não recepção da Lei nº 6.683/79 pela CF/1988 implicaria em apagamento do passado histórico de “concertação” política que permitiu a abertura democrática. Concertação esta qual a lei de anistia constituiu em uma etapa importante” (STF, 2010, p. 152) sendo obtida, através dela, a democracia estável tal qual temos hodiernamente.

Ao longo de seu voto a Ministra faz menção ao Pacto Conciliatório que teria permitido o restabelecimento democrático, com viés de pacificação social, e finaliza sua redação afirmando que “Não é possível viver retroativamente a história, nem se deve desvirtuá-la para que assuma contornos que nos pareçam mais palatáveis. Uma nação tem sua dimensão definida pela coragem com que encara seu passado, para dele tirar as lições que lhe permitiam nunca mais repetir os erros cometidos”. (STF, 2010, p. 153).

O Min. Marco Aurélio suscitou não conseguir vislumbrar a aplicabilidade prática de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei de anistia, seja no campo penal ou cível, visto que não teriam sido cometidos, em regime democrático, os desvios de conduta amparados pela Lei nº 6.683/79 e não seria possível retroagir à data dos ilícitos da ditadura pela questão de prescrição da persecução penal, alegando, por isso, que a questão debatida teria natureza meramente acadêmica. Em sua breve digressão, defendeu que a conexão tratada pela lei veio com uma definição própria pela letra de seu artigo primeiro, e assegurou a necessidade, na mesma linha defendida pelo voto relator, de “apreciar a edição da Lei da Anistia, não considerando o contexto atual, mas o da época. Anistia é o ato abrangente de amor, sempre calcado na busca do convívio pacífico dos cidadãos” (STF, 2010, p. 155).

Nesse mesmo sentido, o Ministro Cesar Peluso, à época presidente do Supremo Tribunal Federal, inicia o seu voto diferenciando a reprovabilidade do crime de tortura da discussão a respeito dos limites de abrangência do artigo primeiro da Lei nº 6.683/2008 e sua constitucionalidade. A despeito dos argumentos soerguidos na inicial da ADPF 153, o Ministro argumenta que o instituto de conexão criminal sobre o qual trata o artigo primeiro seria uma conexão metajurídica – e para corroborar esse argumento, usa de três fatores: à um, que a expressão “crimes conexos” é da “tradição normativa brasileira, em tema de concessão de anistia”, e que, até pelo menos metade do século XX, não havia unidade do Direito Processual, partindo da prerrogativa de cada estado instituir o seu, motivo pelo qual não há que se falar em literalidade da expressão “crimes conexos”; à dois, que entender conexão como fenômeno puramente processual só serviria para aplica-la aos casos de concurso de crimes e pessoas, o que faria a anistia perder “todo o seu significado histórico na transição para um regime democrático”; à três, que conexão, pela Lei 6.683/79, transcende o campo dos crimes políticos para abranger aqueles de qualquer ordem (STF, 2010, fls. 205 – 206).

Defende, ainda e que o direito à verdade não depende do julgamento da ADPF 153, visto que “nada impede que, por outros meios, não pelo reconhecimento do caráter criminoso de fatos cobertos pela anistia, se podem apurar suas responsabilidades históricas e políticas. Não há nenhum obstáculo que, para tal apuração, resulte da improcedência dessa demanda” (STF, 2010, p. 208).

No fim, encerra o seu voto pugnando pela improcedência da Arguição, de maneira a defender a anistia da Lei 6.683/79 tal qual foi sedimentada, ou seja, de maneira ampla e geral.

A Ministra Carmem Lúcia sustentou que a questão debatida quando do julgamento da ADPF 153/2008 está estritamente limitada ao alcance da interpretação da definição de “crimes conexos”, nos moldes da petição inicial, alegando que “outros efeitos [que não criminais] da atuação dos agentes estatais no período indicado não estão fora das consequências jurídicas dos desdobramentos éticos e legais, menos ainda da responsabilidade do Estado” (STF, 2010, p. 79).

Assim, defende a importância do contexto histórico da lei, elaborada, proposta e aceita de maneira democrática e coletiva. Nas palavras da ministra, a Lei nº 6.683/79 foi “o primeiro passo formal deflagrador do processo de participação da sociedade civil num período em que ela se mantinha ausente, não poucas vezes clandestina em seus quereres e em seus fazeres políticos, por absoluta falta de espaço e possibilidades, que lhe eram negados” (STF, 2010, p. 81). Dessa forma, a Ministra defende que não se poderia “ignorar-se tudo o que se passou e que secundou a formação daquele documento, goste-se ou não do que nele se contém ou o que dele resultou”. (STF, 2010, p. 82).

Ainda, concordou que a problemática em questão não é mudar a interpretação de um dispositivo legal décadas após sua sedimentação, e sim, a controvérsia da matéria penal. Em suas palavras

A mudança que eventualmente sobreviesse, em primeiro lugar, não poderia retroagir se não fosse para beneficiar até mesmo o condenado (...). No caso aqui cuidado, há de se esclarecer que, no direito brasileiro, nem mesmo a revisão criminal (...) pode ser apresentada pela defesa e não é admitida quando se cuidar de mudança de interpretação de lei¹. (STF, 2010, p. 89)

A Ministra Carmem Lúcia finaliza o seu voto acompanhando o Ministro Relator no sentido de desprovimento da ADPF 153/2008, aduzindo, para tal, que entende pela impossibilidade técnico-formal de conexão de crimes de tortura com crimes comuns, mas que não há como, para efeitos jurídico-penais, reinterpretar a Lei nº 6.683/79 como negativa, visto que sua interpretação ori-

¹ Este seria, inclusive, entendimento consolidado do Supremo Tribunal, nesse sentido: RE 113.601, Relator o Ministro Moreira Alves, e RvC 4.603, Relator o Ministro Xavier de Albuquerque.

ginal como uma anistia “ampla, geral e irrestrita” permitiu o amadurecimento democrático.

No esteio dos demais votos que pugnaram pela improcedência da ADPF 153, o Ministro Celso de Melo contextualiza o período histórico da promulgação da Lei 6.683/79 como ideal para entender a sua abrangência e aplicação. Nesse sentido, explica que o Congresso Nacional possuía, em 1979, a “faculdade de estender o benefício da anistia às infrações penais de direito comum, vale dizer, aos ilícitos não políticos” (STF, 2010, p. 172), e que escolheu fazê-lo, estando, assim, encoberto por legitimidade. No mais, também verbaliza, utilizando como referência parecer da Procuradoria da República, que a anistia, no Brasil, “resultou de um longo debate nacional, com a participação de diversos setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual” (STF, 2010, p. 174).

Ainda que reconheça que o argumento histórico não esgota a discussão por si só, entende como fato constitucionalmente relevante que a Lei da Anistia “foi editada anteriormente à Convenção das Nações Unidas e da Lei 9.455/97 e, em decorrência desta anterioridade temporal a Lei de Anistia é impedida de sofrer essa desconstituição” (STF, 2010, p. 177). Nesse sentido, afirma que “É tão intensa a intangibilidade de uma lei de anistia, desde que validamente elaborada, que, uma vez editada, os efeitos jurídicos que dela emanam não podem ser suprimidos por legislação superveniente, sob pena de uma nova lei incidir na proibição constitucional que veda, de modo absoluto, a aplicação retroativa de leis gravosas” (STF, 2010, p. 186)

Em relação ao fator da imprescritibilidade dos crimes cometidos durante o período abrangido pela Lei, que resulta do Tratado das Nações Unidas a Respeito de Crimes Hediondos, o Ministro ataca veementemente este argumento, aduzindo que

(...)somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental. (STF, 2010, p. 186).

Em linha contrária aos argumentos previamente apresentados, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu pela procedência parcial da ação, suscitando, para tal, que das modalidades de conexão permitidas pelo sistema penal brasileiro – conexão material, intersubjetiva por simultaneidade, intersubjetiva por concurso, objetiva, probatória e intersubjetiva – “somente as duas últimas poderiam, em tese, emprestar algum sentido ao conceito (...) abrigado na Lei da

Anistia, visto que as demais demandam uma unidade de desígnios ou de condutas entre os agentes” (STF, 2010, p.111).

Mesmo assim, afirma, nenhuma das duas – conexão probatória e por reciprocidade – seria capaz de ser aplicável à lei debatida, visto que “constituem meras regras de competência processual, destinadas à unificação de processos, objetivando facilitar a instrução e evitar decisões conflitantes” (STF, 2010, p. 111-112). Assim, afere impossibilidade de conexão material entre ilícitos de naturezas distintas, praticados por pessoas diferentes e em circunstâncias diversas, de maneira que repudia, sob uma perspectiva técnico-jurídica, a interpretação do artigo primeiro da Lei 6.686/79 tal como ela foi contestada, aos moldes da ADPF nº 153/2008. Nesse mesmo sentido, o Ministro reconhece a imprescritibilidade dos chamados crimes de lesa-humanidade praticados pelos agentes de Estado, aduzindo, para isto, que “ainda que se admita, apenas para argumentar, que o País estivesse em uma situação de beligerância interna (...), mesmo assim os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado” (STF, 2010, p. 118).

Assim, o Ministro teceu o seu entendimento em tom de crítica à pretensa legitimidade do “acordo tácito” que possibilitou a promulgação da Lei nº 6.683/1979, pugnano pelo entendimento de que os agentes de Estado não estariam abrangidos pela anistia internacional contemplada no artigo primeiro do referido diploma legal. No mais, no que tange à EC 26/1985, afirma o Ministro que seria irrelevante, quanto à questão de conexão de crimes comuns e políticos, a sua recepção pela emenda constitucional, uma vez que “os vícios que tismavam o primeiro diploma legal persistiram integralmente no segundo, ainda que este sustentasse maior hierarquia no ordenamento legal” (STF, 2010, p. 127).

O Ministro Ayres Brito seguiu a mesma linha de voto do Ministro Lewandowski, entendendo que a Lei 6.686/79 acabou por acobertar, pela redação de seu artigo primeiro, todos aqueles que cometeram crimes hediondos, desde que sob motivação política, principalmente no que tange aos crimes cometidos pelos agentes de Estado.

Outrossim, assinala que “conceder anistia ampla, geral e irrestrita tem que ser algo muito deliberado e muito claro, principalmente se formalizada após um regime político de exceção. O que interessa é a vontade objetiva da lei, e não a vontade subjetiva do legislador. A lei é mais sábia que o legislador” (STF, 2010, p. 140) e encerra o seu voto discordando da “constitucionalização” da Lei de Anistia brasileira pela Emenda Constitucional nº 26, aduzindo, para isso, o que ato de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte é “apenas precária e efemeramente um ato constituinte”, e que, portanto, a Constituinte não está vinculada ao ato que a convocou, podendo e devendo seguir as suas próprias regras procedimentais.

Nesse sentido, venceu o argumento de que o contexto histórico no qual foi elaborada e assinada Lei da Anistia justificaria a sua ampla abrangência, além da imprescindibilidade de reconhecer a importância da Lei para a lenta e gradual abertura à democratização que culminaria no governo civil de Sarney em 1985, louvando, assim, o “acordo” que permitiu sua promulgação.

A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes — adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 — e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição — que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes — não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. (STF, 2010, p. 3)

Com este ato, o STF deixou de reescrever a interpretação concedida à Lei da Anistia aos moldes do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, além de decidir em dissonância com as obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito internacional de proteção dos direitos humanos, através da assinatura de tratados como o do São José da Costa Rica, ratificado pelo País através do Decreto nº 678/1992. Tal medida não passou incólume pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ainda que a referida lei tenha sido julgada constitucional pelo STF, através da ADPF nº 153-DF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de novembro de 2010, no caso Julia Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil, exerceu o controle de convencionalidade da Lei da Anistia Brasileira, julgando-a, por unanimidade, como contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica, 1969).

3. GESTÃO DA LEI DA ANISTIA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

O fim da Segunda Guerra Mundial trouxe mudanças significativas para o cenário político internacional. A fim de apaziguar os efeitos do pós-guerra na psique coletiva e prevenir futuras violações a direitos fundamentais, inaugurou-se uma onda de internacionalização do direito preocupada em unir diferentes Estados numa tutela global à pessoa humana. Este movimento internacionalista preparou o cenário para o surgimento da Organização das Nações Unidas, através da Carta da ONU de 1945, que culminou na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, marco da disseminação e solidificação dos direitos humanos em âmbito supra estatal.

A codificação, a nível global, da proteção aos direitos humanos, se deu através da feitura de tratados internacionais que, ao serem ratificados pelos países signatários, ganham força de norma cogente e vinculam os Estados ao seu cumprimento. Nas palavras de Francisco Rezek:

A produção de efeitos de direito é essencial ao tratado, que não pode ser visto senão na sua dupla qualidade de ato jurídico e de norma. O acordo formal entre Estados é o ato jurídico que produz a norma, e que por produzi-la desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional.” (REZEK, 2014, p. 26);

Para a América Latina, o mais significativo dos tratados é o Pacto de San José da Costa Rica (ou Convenção Interamericana de Direitos Humanos), assinado em 19 de março de 1969 e ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 678/1992, que lançou as bases do sistema interamericano de proteção aos direitos da pessoa humana.

Ao submeter-se às normas da Convenção Americana, o Estado brasileiro precisou internalizá-las a partir de um certo grau de hierarquia, colocando, assim, o Pacto de São José da Costa Rica em posição privilegiada perante às demais normas de direito doméstico – acima da legislação infraconstitucional e abaixo da Constituição Federal de 1988. Esclareça-se: no ordenamento jurídico brasileiro há duas possibilidades de internalização de tratados internacionais de direitos humanos. A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe a redação do art. 5, § 3º da CRFB/1988, que abriu a oportunidade para que tratados internacionais de direitos humanos fossem internalizados com status de emenda constitucional, desde que aprovados por quórum qualificado de três quintos dos votos em cada casa do congresso nacional.

A segunda possibilidade advém da interpretação do art. 5, § 2º da CRFB/1988, cujo dispositivo tem o condão de recepcionar os direitos humanos contidos em tratados internacionais como direitos fundamentais em sentido material, sem, contudo, equipará-los ao status de emenda constitucional, como é o caso do referido Pacto. Em ambos os casos, contudo, as normas de direito interno que não se coadunem com as de direito internacional – de natureza supralegal ou constitucional – estão sujeitas ao controle de convencionalidade, que pode ser exercido tanto por tribunais de ordem internacional quanto pela jurisdição nacional, conforme ficou assentado no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Frise-se que controle de convencionalidade refere-se a “um mecanismo de compatibilização das normas internas com os tratados internacionais de direitos humanos assinados, ratificados e em vigor pelo Estado, devendo ser aplicado em todos os casos em que um tratado internacional [de direitos humanos] for afrontado por uma norma doméstica menos benéfica” (MAZZUOLI,

2013, p. 53). Imperativo reconhecer que “a importância do controle de convencionalidade reside no fato de que a legislação infraconstitucional, para produzir efeitos, não deve apenas estar consonância com a Constituição Federal, mas também com os tratados internacionais de direitos humanos” (MARINONI, 2013, p. 22). Por isso, é necessária a realização de uma compatibilização vertical das leis domésticas, tendo como parâmetro a Carta Magna e também os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor no País.

Foi investida dessa legitimidade que a Corte Interamericana de Direitos Humanos realizou em 2010, dois anos após a declaração de constitucionalidade da Lei da Anistia pelo Supremo Tribunal Federal, o controle de convencionalidade da mesma, no caso *Julia Gomes Lund e outros (“guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, julgando, por unanimidade, a Lei 6.683/79 como contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos.

No caso da “Guerrilha do Araguaia” denunciaram-se violações à Convenção decorrentes de diversas campanhas militares – em razão das quais se estima o desaparecimento de mais de setenta guerrilheiros –, ocorridas entre 1972 e 1975, cujo desígnio era erradicar uma guerrilha rural constituída na região do Araguaia, localizada no Sul do Estado do Pará, caracterizada por ser um foco de resistência ao regime ditatorial vigente desde 1964. Nesse sentido, o julgamento do caso trouxe a questão da

responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985). (CIDH, 2010, p. 3-4)

No exemplo brasileiro, o controle de convencionalidade da Lei nº 6.683/79 recaiu no fato de que a CIDH entende que a Lei de Anistia brasileira trata-se de uma autoanistia, e que esta é de todo incompatível com as disposições firmadas pelo Estado brasileiro quando da ratificação da Convenção Americana, não devendo, portanto, produzir nenhum efeito jurídico. A CIDH vê na Lei da Anistia brasileira um verdadeiro entrave à investigação das violações de direitos humanos ocorridas no período anistiado e à identificação e punição dos responsáveis, dispondo que

(...)é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade (CIDH, 2010, p. 124).

A sentença da Corte Interamericana dedicou um capítulo (CIDH, 2010, p. 50) à discussão acerca do entrave que a Lei nº 6.683/79 representa às investigações dos responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura militar, mencionando, inclusive, o julgamento da ADPF 153/2008, que declarou a improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e afirmou a vigência da Lei de anistia e constitucionalidade do seu artigo primeiro, parágrafo primeiro, que trata sobre crimes políticos e conexos. A corte afirma que leis de anistia relativas a graves violações a direitos humanos são diretamente incompatíveis com disposições de direito internacional, sobretudo no que tange ao sistema interamericano de direitos humanos, “do qual o Brasil faz parte por decisão soberana” (CIDH, 2010, p. 54), explicitando, assim, que

A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (pars. 87, 135 e 136 supra) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana. (CIDH, 2010, p.64).

Sendo assim, não só declarou a inconveniência da lei como condenou o Estado brasileiro a, entre outros, conduzir investigação penal dos fatos do caso da guerrilha do Araguaia, determinando as consequentes responsabilidades penais e aplicando efetivamente as sanções previstas na Lei nacional; realizar investigações para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas, e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares; oferecer tratamento psicológico e médico às vítimas que assim o requeiram; realizar ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional dos fatos; pagar indenizações às vítimas por danos materiais e morais. (CIDH, 2010, p. 114-115)

A respeito da suposta prescrição dos crimes ocorridos durante o período abrangido pela Lei nº 6.683/79, estabeleceu a Corte, em sua conclusão, que “nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade” (CIDH, 2010, p.124).

O caso da Guerrilha do Araguaia, contudo, não foi o único a levar a discussão acerca dos limites da aplicação da Lei nº 6.683/79 para a Corte Inte-

ramericana de Direitos Humanos. Em 15 de Março de 2018 a Corte julgou o caso Vladimir Herzog vs. Brasil, no qual, mais uma vez, tratou sobre a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela a tortura e a morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida em 25 de outubro de 1975, durante a ditadura militar. De acordo com a Corte, “Essa impunidade seria causada, entre outros, pela Lei nº 6.683/79 promulgada durante a ditadura militar brasileira” (CIDH, 2018, p. 3).

Na mesma linha de julgamento do caso da Guerrilha do Araguaia, o Estado brasileiro foi considerado responsável pela violação a direitos fundamentais previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como pela aplicação da Lei nº 6.683/79, que, de acordo com a Corte, não deveria retroagir para abarcar crimes de lesa-humanidade (CIDH, 2018, p.101).

Até o presente momento, contudo, o Estado brasileiro segue inerte em relação às sentenças condenatórias proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, fato este que culminou no ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta nº 320, pelo Partido Socialismo e Liberdade, que evoca o descumprimento da decisão da CIDH no caso Gomes Lund.

4. GESTÃO DA LEI NO JUDICIÁRIO – ADPF 320

A ADPF 320, protocolada em 15 de março de 2014 pelo partido Socialismo e Liberdade (PSOL) trouxe ao Supremo a discussão acerca do descumprimento do Estado brasileiro perante a sentença condenatória nos autos do caso Julia Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, alegando que, a despeito do julgamento da ADPF 153, o STF teria deixado “passar em branco o caráter permanente de alguns dos crimes cometidos pelos agentes públicos contra opositores políticos ao regime militar, notadamente a ocultação de cadáver” (ADPF 320, 2014, p. 7).

Nesse sentido, a ADPF argumenta pelo reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão do Estado brasileiro em relação à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que teria se eximido de agir de acordo com o próprio rol de direitos fundamentais entabulado na carta Magna brasileira, sobretudo ao que tange à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), bem como a princípios concernentes ao direito internacional. A ADPF defende que a Constituição brasileira, através do parágrafo segundo de seu art. 5º, recepciona os tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faz parte, de maneira que “as estipulações dos tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil anteriormente à citada Emenda Constitucional [45/2004], equiparam-se às normas expressas sobre direitos e garantias fundamentais no texto da Constituição, bem como às disposições decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, sendo, portanto, dever do País respeitar o

Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao qual se submeteu através da assinatura do Pacto de São José da Costa Rica em 1992.

Desta forma, a ADPF encerra a sua redação pugnando pela declaração que a Lei 6.683/79 não deve se aplicar aos “crimes de graves violações aos direitos humanos, cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos” e que a Lei “não se aplica aos autores de crimes continuados ou permanentes”, requerendo, ainda, que o Supremo Tribunal Federal determine o cumprimento integral da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*. (ADPF 320, 2014, p. 14).

Até a data de publicação do presente artigo, a referida ADPF ainda não havia sido sentenciada, tendo a Procuradoria Geral da República se manifestado no sentido de conhecimento e procedência parciais da ação, para que a Suprema Corte dote o art. 1º da Lei nº 6.683/79 de interpretação constitucional, excluindo, assim, qualquer hermenêutica que possa ensejar punição de punibilidade de crimes de lesa-humanidade ou conexos e acarretar a extensão dos efeitos da lei a crimes permanentes não exauridos até 28 de agosto de 1979 ou a qualquer crime cometido após essa data, além de prioridade na tramitação do feito, tendo em vista a idade avançada dos agentes de governo da ditadura militar que, durante o regime, cometeram crimes de lesa-humanidade, sob pena de inviabilização de persecução penal destes algozes.

CONCLUSÃO

A postura brasileira em relação ao seu passado ditatorial é, em geral, diametralmente oposta dos seus irmãos latino-americanos, que também têm suas páginas manchadas com regimes de exceção que prevaleceram no cone sul ao longo do século XX. Enquanto países como, por exemplo, Argentina, Peru e Chile revogaram as suas anistias para estender o malho da punibilidade aos agentes de Estado que cometeram crimes de lesa-humanidade durante suas ditaduras, o Brasil, através do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF 153, optou por honrar o pacto que deu origem ao processo democrático, mantendo, assim, interpretação extensiva quanto ao artigo primeiro, parágrafo primeiro, da Lei da Anistia (Lei nº 6.683/76) para abarcar, de maneira bilateral, tanto os crimes cometidos pela resistência civil quanto pelo regime ditatorial.

É preciso ressaltar, primariamente, que apesar dos entraves postos à persecução penal dos algozes da ditadura, o Estado brasileiro não se absteve por completo de aplicar-lhes punição, contudo, esta esteve concentrada primariamente no campo do direito civil. Desta maneira, muitas famílias que buscaram, judicialmente, reparação indenizatória por crimes cometidos contra seus familiares ou si próprios durante o período de ditadura militar não restaram desamparadas. Nesse sentido, também é pertinente ressaltar que, em relação à condena-

ção do Estado brasileiro no caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, ainda que o País tenha se mantido inerte em relação às investigações dos crimes cometidos no curso da guerrilha do Araguaia, este procedeu ao dispositivo da sentença que estipulou indenização das vítimas da guerrilha em 1,3 milhão de reais, bem como à busca das ossadas, editando inclusive lei sobre a Comissão Nacional da Verdade (Lei nº 12.528/11) e de acesso à informação (Lei nº 12.527/11).

O apego do Estado brasileiro ao contexto histórico que possibilitou a transição do regime ditatorial para um processo democrático vem de uma longa tradição pacifista do País, cujas maiores rupturas com o sistema sobrevieram através de acordos, não de revolução; foi assim com a instauração do Brasil império, com a independência brasileira, com o fim da escravidão e, como não poderia deixar de ser, também o foi com a derrocada do regime militar e ascensão da democracia. Assim, o Supremo Tribunal Federal, que teve a oportunidade de pôr de lado o positivismo literal para alcançar os agentes perpetradores de crimes durante a ditadura militar, escolheu não fazê-lo, por entender que a Lei nº 6.683/79 foi o verdadeiro marco para o estabelecimento de uma república democrática tal qual a temos hoje.

Ao longo da leitura dos votos contrários ao provimento da ADPF 153, é possível perceber uma dicotomia: todos os Ministros e Ministras votantes mostram preocupação em repudiar as práticas de tortura, estupros e demais crimes de lesa-humanidade ocorridos nos porões do DOI-CODI – e também fora deles – pelos agentes do sistema, ao mesmo tempo rejeitando possivelmente a única chance de punição criminal dos criminosos, através da revisão da interpretação dada à Lei nº 6.683/79. Um dos muitos argumentos utilizados foi o da suposta prescrição dos crimes, visto que ocorridos antes da internalização, pelo Estado brasileiro, de tratados de ordem internacional como a Convenção Contra a Tortura da ONU (Decreto nº 40/1991) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992), através do qual advém-se o entendimento de que crimes de lesa-humanidade são imprescritíveis e não anistiáveis. Como estes, contudo, foram incorporados após o advento de publicação e vigência da Lei nº 6.683/79, não alcançariam leis-medida que os tenham precedido.

O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito destes argumentos mostra uma tradição diametralmente oposta ao do Supremo Tribunal Federal no que tange à superação de passado histórico de exceção. Enquanto o segundo aloca-se na retaguarda da história, apegado à memória da redemocratização e à tradição positivista, a Corte Interamericana ressalta a importância de não só honrar a Carta Constitucional dos Estados, mas também os Tratados de Direitos Humanos por ele internalizados, que, devido à sua natureza *jus cogens*, possuem eficácia imediata assim que incorporados ao ordenamento jurídico federal e também, se preciso, retroativa, visto que um comportamento contrário implicaria em apego exacerbado ao positivismo jurídi-

co, às custas do desrespeito aos direitos fundamentais das vítimas da ditadura militar.

Por todo exposto ao longo do presente artigo, é preciso questionar o porquê do Brasil, apesar de condenado internacionalmente, manter-se inerte em relação à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos quando do controle de convencionalidade exercido sobre a Lei nº 6.683/79. Em um primeiro momento, nota-se que, ao contrário da tradição latino-americana, o Brasil escolheu negar por completo a sua memória para caminhar em direção ao futuro, interpretação esta que resta clara do voto de Gilmar Mendes quando do julgamento da ADPF 153, que defende estarem os demais países latino-americanos, devido à revisitação aos seus passados ditatoriais, atolados num processo de refazimento institucional sem fim.

É imprescindível reconhecer que, nesse sentido, o País está andando na contramão da tradição do direito internacional no que tange à tutela da pessoa humana, que se perfaz não apenas com compensação pecuniária como reparação pelos crimes cometidos durante o período de Ditadura Militar, mas também com a persecução penal dos criminosos que, revestidos com legitimidade institucional, perpetraram os horrores necessários à manutenção do status quo do sistema outrora vigente.

Não se pode deixar que o apego à literalidade técnica da lei nuble o que realmente está em jogo na questão da anistia nº 6.683/79: o direito à memória e a justiça dos lesados pela ditadura militar. Assim, a ADPF nº 320 mostra-se como uma oportunidade ao judiciário brasileiro de revisitar a sua interpretação da Lei de Anistia, moldando-se à determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos quando do julgamento do caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Desta maneira, e apenas desta maneira, o Estado brasileiro estará agindo de acordo com os tratados e normas de direito internacional ao qual escolheu ser subjogado, respeitando, enfim, a ordem supralegal.

Ainda nesta linha, insta ressaltar que ainda que o País não tenha aderido oficialmente à Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1968, a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade decorre da natureza *ius cogens* do direito internacional e do próprio caráter permanente de alguns desses crimes, como o de sequestro e desaparecimento forçado, não cabendo, assim, ao Estado brasileiro afastar este entendimento.

Conclui-se que a revisitação dos limites de interpretação, constitucionalidade e convencionalidade da Lei da Anistia é tarefa primordial à honra da justiça de transição brasileira, de maneira que o Estado brasileiro provenha interpretação à lei aos conformes de sua Constituição vigente e tratados de direitos humanos incorporados pelo País. No mais, é notório que a gestão da Lei nº 6.683/79 está longe de ver o seu fim, tanto no judiciário brasileiro quanto nos

tribunais internacionais legitimados a julgarem o País por infrações aos direitos humanos, tendo em vista que, ainda que o passado ditatorial esteja cada vez mais ficando para trás em termos históricos, a memória brasileira mostra-se cada vez mais viva.

REFEFÊNCIAS

BRASIL. *Ato Institucional nº 5, de 13 de Dezembro de 1968*. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília, DF, dez. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 10 set. 2019, 15:00:00.

BRASIL. *Lei Nº 6.683, De 28 De Agosto De 1979*. Concede anistia e dá outras providências, Brasília, DF, ago. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6683.htm>. Acesso em: 10 set. 2019, 15:00:00.

COMBLIN, Joseph. *A Ideologia da segurança nacional: o poder militar na América Latina*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

GASPARI, Elio. *A ditadura acabada*. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca, 2016.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOBRE A VIOLÊNCIA DO ESTADO – IEVE. *Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2009.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOBRE A VIOLÊNCIA DO ESTADO – IEVE. *Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos*. São Paulo, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério; e diversos. *Controle de convencionalidade – um panorama latino-americano*. Brasília: Ed. Gazeta Jurídica, 2018

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, 2. Ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Ed. Forense, 2018.

MEZARROBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro – A Anistia e Suas Consequências*. São Paulo Humanitas, 2006.

OEA, COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Guerrilha do Araguaia, Julia Gomes Lund e outros vs. Brasil*. San José, Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> Acesso em: 10 Set. 2019, 15:35:00.

OEA, COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Vladimir Herzog vs. Brasil*. San José, Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf.> Acesso em: 10 Set. 2019, 15:30:00.

PIOVESAN, Flávia; WOJCIECHOWSKI, Paola. *Leis De Anistia E O Sistema Internacional De Proteção Dos Direitos Humanos: Estudo Comparativo Brasil, Argentina E Chile*. Curitiba [s.n], 2012.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MEDIÇÃO DE CONFLITOS EM ESCOLAS: Alguns reflexos sociais e a desjudicialização de demandas¹

Cristiane Dutra

*Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Professora da UNESA.
dutra.cristiane@globo.com*

Klever Paulo Leal Filpo

*Doutor em Direito. Professor do PPGD/UCP e do ITR/UFRRJ.
Pesquisador do INCT/InEAC.
klever.filpo@yahoo.com.br*

RESUMO

O artigo é propositivo. Pretende focar a mediação como uma tecnologia social de administração de conflitos de utilidade para as escolas, onde pode ser empregada da forma prevista na Lei 13.140/2015. Descreve sucintamente a experiência argentina nesse campo, acreditando que pode suscitar reflexões interessantes para o aperfeiçoamento do emprego da mediação de conflitos escolares no Brasil. Metodologicamente, combina uma revisão bibliográfica com resultados de pesquisa já concluída sobre o emprego da mediação de conflitos em Buenos Aires, Argentina, e resultados de pesquisa em andamento sobre a mediação de conflitos escolares, no Brasil. Ambas as pesquisas receberam recursos do CNPq-Brasil.

Palavras-chave: Mediação; Brasil; Argentina; Conflitos Escolares

INTRODUÇÃO

Este artigo conjuga dados e percepções que se tornaram possíveis por meio da participação dos autores² em dois projetos de pesquisa financiados pelo CNPq sobre o emprego da mediação em dois diferentes contextos: etnografia

¹ A pesquisa contou com recursos do CNPq Brasil em dois momentos: a pesquisa na Argentina, entre 2015 e 2016, recebeu recursos para pagamento de diárias e passagens (Chamada 22/2014 do CNPq). E a pesquisa sobre judicialização e mediação de conflitos escolares, iniciada em 2017 e ainda em andamento, foi contemplada na Chamada Universal 2016 do CNPq, sendo proponente o autor. Parte deste texto foi anteriormente submetida por Klever Filpo para publicação na Revista UNIFESO HUMANAS E SOCIAIS,

² Cristiane Dutra passou a contribuir com o projeto a partir de seu ingresso como mestranda no PPGD/UCP.

sobre o emprego da Mediação Prejudicial³ Obrigatória em Buenos Aires (2015-2016, já concluída)⁴; e estudo de casos de utilização de judicialização e mediação na administração de conflitos escolares no Município de Petrópolis (2017, em andamento)⁵. As pesquisas, ambas de cunho etnográfico, tiveram como objetivo compreender e descrever essas duas formas de utilização da mediação, empregadas em locais e contextos diferentes, produzindo dados de campo que podem ser utilizados para problematizar a recente regulamentação da mediação, no Brasil, por força da Lei 13.140/2015.

Um dos aspectos que podemos considerar como um ponto comum nessas duas experiências empíricas, e que nos chamou a atenção, foram as tentativas institucionais de empregar técnicas de mediação para administrar conflitos escolares, o que pareceu trazer bons resultados – sendo estes mais amplos e consolidados no caso de Buenos Aires-AR e mais restritos e experimentais no caso de Petrópolis-RJ.

Não é objetivo deste texto apresentar um relatório completo dessas pesquisas acima apontadas, mas sim de compartilhar algumas informações e percepções por elas propiciadas. Nosso propósito é focar, aqui, a mediação extrajudicial de conflitos como um instrumento ou, antes, uma tecnologia adequada para administrar, com qualidade, conflitos de interesse, inclusive conflitos escolares. O texto ganha, assim, aspecto propositivo. Aproveitando a definição adotada por Rodrigues e Barbieri (2008, p. 1), assumimos que as chamadas tecnologias sociais “compreendem produtos, técnicas ou metodologias replicáveis, desenvolvidas na interação com a comunidade e que representem efetivas soluções de transformação social”, definição esta que se encaixa bem para a mediação de conflitos.

O que estamos denominando mediação, neste texto, é algo que tem chamado a atenção de estudiosos, no Brasil, pelo menos nos últimos dez anos –

³ O uso dessa expressão decorre do fato de tratar-se de uma modalidade específica de mediação, existente na Argentina, regulada pela Ley 26.589, de 15 de abril de 2010. Não se trata de uma mediação extrajudicial, tão somente. Essa modalidade de mediação “prejudicial” tem, como regra geral, caráter obrigatório e deve ser ultrapassada, com ao menos uma tentativa de acordo, antes de ser ajuizada uma ação cível naquele país. A expressão consta no artigo 4º da referida lei, que tem a seguinte redação: “Quedan comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria todo tipo de controversias, excepto las previstas en el artículo 5º de la presente ley”.

⁴ Participaram da pesquisa na Argentina a Profa. Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista (PPGD/UVA e UFF) e a Profa. Ma. Thais Borzino Cordeiro Nunes (PPGSD/UFF e UCP).

⁵ O presente artigo retoma reflexões que já foram parcialmente desenvolvidas em artigos anteriormente publicados, especialmente: “Fronteiras entre Judicialidade e Não-Judicialidade: percepções e contrastes entre a mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires”, publicado na Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, nr. 10 (2016), disponível em <<http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/19716/14024>>. E ainda no artigo “Conflitos Escolares, Espiral do Conflito e (por que não?) a Mediação”, apresentado no XXIV Congresso Nacional do Conpedi – Belo Horizonte, MG (2015), disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/862Hmq4FvrN5T7NB.pdf>>.

mas que não tem aplicação exclusivamente no campo do direito, muito pelo contrário. Trata-se de um método de resolução de disputas em que um ou mais terceiros imparciais facilitam a negociação entre pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreenderem suas posições e a encontrarem soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades (AZEVEDO, 2016, p. 20). Essa definição consta do Manual de Mediação Judicial disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça⁶.

Segundo Tartuce (2018), trata-se de uma forma de solucionar conflitos mediante a intervenção de um terceiro imparcial, que busca aproximar as partes por meio de ferramentas específicas, restabelecendo ou aperfeiçoando a sua comunicação. Independe do Judiciário e se mostra especialmente propícia para tratar de conflitos envolvendo relações continuadas: aquelas em que, depois de solucionar um conflito específico, os envolvidos têm necessidade de continuar se relacionando, como ocorre entre vizinhos, por exemplo. As mesmas características parecem existir entre as pessoas que se relacionam no ambiente escolar: professores, alunos, seus pais e responsáveis, gestores, colaboradores em geral.

Por outro lado, estamos chamando de conflitos escolares aquelas disputas, envolvendo divergências ou incompatibilidades de opiniões ou pontos de vista, que surgem no ambiente ou a partir das relações inerentes às atividades da escola, envolvendo os atores acima mencionados, de variados graus de intensidade. Embora a existência de conflitos seja inerente à convivência das pessoas nos mais diferentes espaços sociais, inclusive na escola, identificamos em Petrópolis casos em que disputas bastante simples⁷ acabaram sendo judicializadas, isto é, transformam-se em ações judiciais cíveis e criminais. Em tais situações, muitos interessados no tema da mediação vêm recomendando que as próprias partes encontrem uma saída, em vez desta ser imposta pelo Estado-Juiz, o que teria um papel educativo e transformativo para as pessoas que passam pela experiência da mediação (como proposto, por exemplo, por WARAT, 2004).

Em essência, podemos afirmar que parecem existir formas de administração de conflitos escolares, sobretudo extrajudiciais, que se apresentam como alternativa interessante à judicialização desses conflitos. Mas, a despeito disso, na experiência brasileira, a mediação não é identificada tão comumente como uma via que possa ser acionada para o tratamento de conflitos surgidos na escola. Durante nossa pesquisa em andamento, em significativo número de casos,

⁶ Disponível para consulta em <

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd9fec54.pdf>
>. Acesso em 07 set. 2018. O organizador do Manual é o Magistrado André Gomma de Azevedo, já citado acima.

⁷ Desentendimentos em sala de aula; extravio de aparelhos eletrônicos; brigas de futebol; dificuldades administrativas e até avisos enviados pela professora para casa deram origem a ações judiciais, de natureza cível e criminal. Esse rol é exemplificativo. O levantamento e descrição desses casos ainda está sendo realizado na pesquisa em curso.

optou-se por submeter o conflito diretamente ao sistema de justiça – até mesmo por meio do acionamento da autoridade policial, ou acionando o Conselho Tutelar, dentre outros, sem perceber o espaço escolar como apropriado para administrar esses conflitos.

Em sentido contrário, a oportunidade de realizar uma pesquisa na Argentina sobre o emprego da mediação extrajudicial revelou que, naquele país, há iniciativas estruturadas de capacitação de profissionais para tratar conflitos escolares, proporcionando intervenções adequadas antes que os mesmos ingressem no sistema de justiça.

Partimos do pressuposto de que a mediação, da forma como está regulamentada pela Lei 13.140/2015, pode oportunizar o desenvolvimento de tecnologias sociais de administração de conflitos. Não se trata de um algo novo, no contexto mundial, mas sim no Brasil, onde apenas recentemente veio a ser regulamentada. E é sob essa perspectiva que buscamos reunir, neste artigo, informações obtidas por meio das pesquisas já apontadas e que sugerem ser um instrumento viável, de eventual utilização nas escolas, para gerir conflitos de interesse.

Inclusive, no campo do Direito, existe a expectativa de que sua utilização mais ampla poderá contribuir para a desjudicialização de demandas – no caso, originadas em escolas – contribuindo para que o desafogamento do Poder Judiciário. Assim, mediação poderia contribuir tanto qualitativa como quantitativamente.

Por isso o presente trabalho assume um aspecto propositivo, no sentido de apresentar esse método como uma alternativa à judicialização de conflitos escolares – nos casos em que a sua natureza, gravidade e complexidade assim o permitirem.

1. MEDIAÇÃO E TECNOLOGIAS SOCIAIS DE ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSE

No campo da administração de conflitos sociais, vivemos hoje, no Brasil, sob os influxos da chamada Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, que vem estimulando a utilização de meios consensuais, como a conciliação e a mediação, em diferentes contextos (MELLO e BAPTISTA, 2011): questões de família, empresariais, desportivas; trabalhistas; dentre outros. Sob esse olhar, vem se consolidando a percepção de que os Tribunais não detêm mais a exclusividade enquanto sedes adequadas para resolver os conflitos, e que tal atividade pode ser compartilhada com diferentes setores e instituições, lançamento mão de métodos e procedimentos diversificados.

Por paradoxal que possa parecer, tal política foi em muito influenciada pela atuação do Judiciário desde a criação do Conselho Nacional de Justiça, ocor-

rida no ano de 2004, consolidando-se a partir da Res. 125 desse Conselho (NUNES, 2014). Sob a ótica do Poder Judiciário, parece haver a intenção de evitar ao máximo a judicialização das disputas, preferindo que estas sejam solucionadas por outras vias, como a mediação extrajudicial (FILPO, 2016).

Desde esse primeiro disparador, que partiu do Poder Judiciário⁸, tem-se buscado estimular, de diversas maneiras e em diferentes espaços, as chamadas soluções amigáveis ou não adversariais (AZEVEDO, 2016), para os conflitos de interesses. No meio jurídico, essa tendência marcou de forma muito significativa, por exemplo, o texto do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que conchama todos os “atores processuais” para que estimulem o emprego das soluções consensuais⁹.

Na mesma linha de pensamento, e ainda no ano de 2015, entrou em vigor a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), com a proposta de regulamentar o emprego da mediação de conflitos, não apenas em sede judicial (subsidiariamente ao Código de Processo Civil), mas também extrajudicial. Da referida lei pode-se destacar, inicialmente, o conceito de mediação de conflitos. Segundo o texto da lei, “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (parágrafo único do artigo 1º).”

Ao apontar quem pode vir a desempenhar as funções de mediador, a lei estabeleceu que “poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se (art. 9º)”. Nessa medida, está se tratando de uma forma de administrar conflitos que independe do Poder Judiciário e que, inclusive, permite evitar que determinados conflitos venham a ingressar no chamado “sistema de justiça” que integra não apenas o Judiciário, mas o Ministério Público, as Delegacias, a Defensoria, o Conselho Tutelar, dentre outros. Admite-se, portanto, que poderia atuar como mediador em sede escolar qualquer professor, colaborador, estudante, ou ainda uma equipe que congregasse mais de um membro da escola e/ou da comunidade.

⁸ Interessante notar que na Argentina esse movimento partiu do Poder Executivo, sendo a mediação prejudicial obrigatória, pelo menos em Buenos Aires, realizada em espaços extrajudiciais. Nesse sentido, conferir “Fronteiras entre Judicialidade e Não-Judicialidade: percepções e contrastes entre a mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires”, publicado na Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, nr. 10 (2016), disponível em <<http://periodicos.umb.br/index.php/repam/article/view/19716/14024>>.

⁹ É o que estabelece o artigo 3º do referido Código (BRASIL, 2015): Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...) § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Por outro lado, o número e diversidade de conflitos no espaço escolar tem se mostrado muito significativo. Leitura preliminar realizada a esse respeito demonstrou um dado interessante: tem se tornado cada vez mais comum, no Brasil, que conflitos corriqueiros entre estudantes, mesmo de pouca idade, formem uma espiral, tornando-se muito graves, envolvendo agressões físicas e outras violações de direitos que, não raro, chegam às barras do judiciário. Aguiñsky, Silva e Pacheco (2015) observaram que

Ao mesmo tempo em que se propaga o alarde sobre o agravamento de crimes praticados por adolescentes, alinhados aos reclames pela redução da idade penal, verifica-se a ampliação da judicialização de conflitos que envolvem situações de baixo potencial ofensivo, como conflitos nas escolas, que não raro podem resultar na imposição de medidas socioeducativas.

As mesmas autoras explicam que, a depender do caso, nem sempre a dimensão educativa irá, necessariamente, prevalecer. Pelo contrário, afirmam que judicializar um conflito escolar é problemático porque expõe os jovens a toda sorte de constrangimentos e violências institucionais próprias à inserção no Sistema de Justiça e Segurança. Elas anotam que os conflitos escolares adentram o Sistema de Justiça Juvenil e, nesse caso, o seu tratamento exige “a articulação do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, no que se inclui Judiciário, Ministério Público, Delegacias de Polícia, Poder Executivo Municipal, Escolas e Conselhos de Direito e demais políticas públicas”. De modo que a institucionalização do conflito pode trazer consequências negativas para os jovens.

Por outro lado, as relações estabelecidas na escola parecem encaixar-se no conceito de relações continuadas, sendo o conflito constitutivo desse espaço de convivência (segundo CHRISPINO, 2007)¹⁰, e até mesmo inevitável. Por isso parece recomendável o uso de soluções consensuais em lugar das soluções judiciais (em sentido amplo, abrangendo todo o sistema de justiça). É nessa medida que enxergamos a mediação como uma tecnologia social capaz de contribuir para a sua administração, ou gestão (CHRISPINO, 2007). Sobretudo os mais simples, que não exigem ou justificam desdobramentos judiciais.

Segundo Fernandes e Maciel (2010, p. 7), o tema das tecnologias sociais vem sendo discutido no Brasil, desde a primeira década do século XXI, por diferentes atores sociais, tais como organizações da sociedade civil, universidades, integrantes do governo, trabalhadores, entre outros, e vem se constituindo como uma das respostas possíveis para o atendimento das demandas sociais. Ainda

¹⁰ Ainda em Chrispino (2007, p. 16), temos: O conflito, pois, é parte integrante da vida e da atividade social, quer contemporânea, quer antiga. Ainda no esforço de entendimento do conceito, podemos dizer que o conflito se origina da diferença de interesses, de desejos e de aspirações. Percebe-se que não existe aqui a noção estrita de erro e de acerto, mas de posições que são defendidas frente a outras, diferentes.

segundo as mesmas autoras, todos esses agentes teriam uma preocupação em comum com a crescente exclusão social, a precarização e a informalização do trabalho, a violação dos direitos humanos e, também, a constatação acerca dos limites da atual política de ciência e tecnologia no país. Em uma tentativa de definir e delimitar sua abordagem sobre experiências e contribuições sustentáveis das tecnologias sociais, Fernandes e Maciel (2010) explicam que

Tratar de TS significa abordar processos que, concomitantemente, inserem-se na agenda contemporânea do conhecimento e na mais antiga das intenções de superação das adversidades na história da humanidade. Significa tratar das ações concretas e dos resultados alcançados por meio do trabalho de pessoas que resolveram problemas, inspiradas pela sabedoria e mobilização popular e, em algumas situações, com o apoio de pesquisadores.

Não se pode dizer que o estímulo ao emprego da mediação para tratar de diversificados tipos de conflitos, em diferentes espaços – inclusive na escola – tenha partido da intenção do Poder Judiciário, ou de qualquer outra instituição, de fomentar o desenvolvimento de uma determinada tecnologia social. Isso seria totalmente inadequado. Mesmo porque antes da entrada em vigor da lei de mediação já havia experiências concretas de emprego desse método, por variadas instituições, para tratar conflitos de interesse.

Mas é fácil perceber que a lei de mediação abriu espaço para iniciativas das mais diversificadas e criativas, no tocante a formas inovadoras de administração de conflitos. Ou para aperfeiçoar as já existentes (CHRISPINO, 2007), dotando-as de maior segurança jurídica. Sobretudo em espaços que não estão tradicionalmente voltados para essa atividade, como os condomínios, as associações de moradores, e as escolas, dentre outros locais de interação social. Abre-se espaço para o “aprender fazendo”, ou para o desenvolvimento de tecnologias próprias e adequadas à cultura local e ao ambiente estudantil, atentando-se para o aspecto educativo dessa prática.

2. DESCRIÇÃO DE ALGUNS CASOS DE CONFLITOS ESCOLARES

Para demonstrar possíveis aplicações dessa tecnologia social de administração de conflitos, faremos o relato de alguns casos com que tivemos contato durante a pesquisa e que aderem à proposta deste texto.

No aspecto metodológico, é importante esclarecer que, em ambas as pesquisas referidas ao início do artigo, os dados foram colhidos por meio de observações e entrevistas não estruturadas, nos locais em que a mediação é colocada em prática. No caso de Buenos Aires, o campo incluiu entrevistas com mediadores que atuavam em escritórios de advocacia e no escritório modelo da Universidade de Buenos Aires, além da Direção Nacional de Mediação. Houve muitos relatos sobre a utilização da mediação em diferentes contextos – laboral,

cível, e até criminal – além da mediação comunitária e, sobretudo, da mediação escolar. A respeito desta última modalidade, foi fornecido material específico sobre um programa de formação em mediação escolar de âmbito nacional, sobre o qual voltaremos a tratar adiante.

No caso da pesquisa em Petrópolis, ainda em andamento, a oportunidade de pesquisar formas de administração de conflitos escolares surgiu quando tivemos contato com uma disputa entre duas estudantes de uma escola particular da cidade¹¹. Havia uma grave disputa entre elas. Como uma das estudantes era um pouco mais velha e visivelmente mais alta e forte do que a sua rival, esta ficou intimidada, passando a apresentar queda de rendimento escolar. Sua mãe também relatou que a filha, geralmente uma estudante assídua e interessada, passou a inventar desculpas para não ir à escola, queixando-se de dores de cabeça e enjoos como justificativas para permanecer em casa.

A desavença teria sido causada por um comentário feito durante um intervalo a respeito do interesse comum por um rapaz, a partir do qual as estudantes, antes boas colegas, se tornaram rivais. Os pais das estudantes foram chamados à escola e, juntamente com os seus dirigentes e um mediador, construíram uma solução pacífica entre elas. As reuniões, em um total de três, culminaram com o compromisso de que cada uma, dali por diante, respeitaria o espaço da outra, evitando novas agressões. Não se pode dizer que as reuniões observaram algum procedimento rígido, previamente estabelecido, nem mesmo no tocante às chamadas “ferramentas da mediação” (AZEVEDO, 2016). Mas o problema foi contornado, sendo que os participantes disseram ter identificado ganhos com essa experiência.

Nessa situação, uma abordagem consensual e extrajudicial, conduzida no próprio ambiente escolar, com a intervenção de terceiros, conduziu a uma solução que trouxe ganhos para os estudantes e suas famílias. Ao mesmo tempo, evitou o ajuizamento de uma ação que, possivelmente, poderia ser muito mais prejudicial (custosa e demorada) para os envolvidos, pois a mãe de uma das jovens já havia procurado advogado para ajuizar ação cível contra a escola, entendendo que sua filha estava sendo vítima de *bullying*. Segundo as dirigentes da escola, essa forma de tratar o conflito apresentou um aspecto educativo, propondo modificação de comportamentos e restabelecendo as condições para a convivência pacífica entre as estudantes, sem necessidade de providências mais severas. Essas são algumas das características da mediação, enaltecidas por autores como Warat (2004), Vezulla (2013 e Azevedo (2016).

Contudo, em contato com estudantes de ensino médio em Petrópolis, as quais participam como Jovens Talentos da FAPERJ em nosso grupo de pesqui-

¹¹ Este caso, por ter sido o primeiro que nos chamou a atenção para o tema, vem sendo narrado sempre que somos chamados a exemplificar o possível emprego da mediação em conflitos escolares. Nos parece que ele é emblemático, nesse sentido.

sa, percebemos que as iniciativas que envolvem a abordagem e tratamento do conflito em sede escolar, é algo raro. Geralmente, talvez por falta de treinamento/capacitação adequada para esse tipo de intervenção, a conduta da escola e seus dirigentes se aproxima mais da omissão. Evita-se o enfrentamento e, até mesmo, a visibilidade do conflito¹². Como, por exemplo: alegar que conflitos não ocorrem entre os seus estudantes, ou delegar o tratamento desses conflitos a outras entidades, como o Conselho Tutelar e a Ronda Escolar, esta última ligada à Guarda Municipal.

Ao ser entrevistada a diretora de uma escola particular informou que deveríamos ir a outra escola, preferencialmente uma escola pública, já que naquela escola que ela dirige “não tem essas coisas de conflito não” (cf. FILPO, SAMPAIO e PEREIRA, 2017). Tal afirmação nos pareceu inverossímil e, ao mesmo tempo, reveladora de um certo tabu, no sentido de que, em geral, é preferível fingir que o conflito não existe do que ter que enfrentá-lo. Nesse sentido, muitos conflitos que poderiam ser detectados e, talvez, dirimidos precocemente, acabam permanecendo em situação de latência e podem, com o tempo, tornar-se ainda piores.

Em outra entrevista, uma diretora de escola pública revelou não saber muito bem como lidar com casos de conflitos surgidos na escola, pois não recebe formação específica para isso, agindo por intuição. A simples referência à Ronda Escolar e ao Conselho Tutelar é um recurso que costuma utilizar bastante, servindo para amedrontar e, desse modo, controlar os alunos, evitando que ajam mal e se envolvam em problemas – confessou a diretora. Além disso, tomamos conhecimento de casos em que a polícia realmente foi acionada para ajudar a disciplinar um aluno rebelde, que chegou a ser levado da escola para a Delegacia.

Em casos de furto de celulares – os quais, segundo relato colhidos na entrevista, são comuns – geralmente um trabalho de conversa, de convencimento, feito pelas professoras, dá bom resultado com a devolução do aparelho – segundo nossa entrevistada. Mas há outros casos, principalmente incluindo “alunos problema” (categoria que apareceu no trabalho de campo, significando um aluno com dificuldades para se ajustar às regras vigentes na escola) em que a solução costuma ser o encaminhamento do caso ao Conselho Tutelar, mesmo em situações que escapam das atribuições institucionais desse órgão (FILPO, SAMPAIO

¹² Ainda em Chrispino (2007, p. 16), encontramos: “Um exemplo claro da dificuldade que temos para lidar com o conflito é a nossa incapacidade de identificar as circunstâncias que derivam do conflito ou redundam nele. Em geral, nas escolas e na vida, só percebemos o conflito quando este produz suas manifestações violentas. Daí podemos tirar, pelo menos, duas conclusões: a primeira é que se ele se manifestou de forma violenta é porque já existia antes na forma de divergência ou antagonismo, e nós não soubemos ou não fomos preparados para identificá-lo; a segunda é que toda a vez que o conflito se manifesta, nós agimos para resolvê-lo, coibindo a manifestação violenta. E neste caso, esquecemos que problemas mal resolvidos se repetem!”

e PEREIRA, 2017). Mais um exemplo de como os conflitos são terceirizados pela escola.

Outra diretora deixou transparecer que não recebeu formação e não se considera preparada para a resolução de conflitos na escola. Parecer ter receio de consequências prejudiciais para a sua carreira caso venha a interferir de forma equivocada em um conflito, preferindo omitir-se em muitos casos. Tal percepção pareceu similar àquela relatada por Mendonça Pinto (2014, p. 94) em etnografia que incluiu observações em escolas de Seropédica-RJ. Também essa pesquisa apontou a ausência de instâncias escolares para resolução de conflitos, o que apareceu na fala de alguns estudantes entrevistados:

Não há (interferência da escola), na verdade, quando isso acontece, aconteceu “morreu” ali ou até mesmo não *morreu*, fica aquele professor olhando de rabo de olho” pro aluno, ninguém interfere não, nenhum tipo de aluno – rapaz do 1º ano.

E ainda:

Não, eles nem ficam sabendo, como na maioria dos casos – moça, 2º ano.

Esse contexto nos leva a refletir que, se explorada em todas as suas potencialidades, a mediação, agora regulamentada em seu uso extrajudicial, pode abrir uma oportunidade para o desenvolvimento de novas tecnologias de administração de conflitos escolares, como uma alternativa para preencher essa lacuna. Pode conferir aos atores do espaço escolar uma via adequada para solução de muitos conflito, em que o aspecto educativo pode ser resguardado, ou mesmo estimulado. Inclusive pela formação de “alunos mediadores”, isto é, melhor preparados para lidar com os conflitos de interesse, sejam os próprios, sejam aqueles vivenciados por seus colegas.

3. A EXPERIÊNCIA ARGENTINA EM MEDIAÇÃO ESCOLAR

A lacuna acima relatada – ausência de uma percepção de que muitos conflitos podem ser resolvidos na própria escola, como uma instância “resolvedora de conflitos” – pareceu bastante diferente daquela que ocorre na Argentina, país que tem uma tradição em mediação bem mais antiga do que a brasileira. Essa percepção, obtida no trabalho de campo, foi reforçada por revisão bibliográfica de Olivera (2005); Caram, Eilbaum e Risolía (2006) e Jablkowski e Gonzalez (2011).

Na Argentina a utilização da mediação como etapa que antecede o ajuizamento de uma ação cível está legislada há quase vinte anos (ARGENTINA, 1996 e ARGENTINA, 2010). Existe, naquele país, lei instituindo a mediação prévia a todo processo judicial. A mediação é, por lá, um requisito de admissão do processo, de natureza extrajudicial. Isto é, caso os mediandos não tenham, ao

menos, comparecido a uma sessão de mediação, o processo não será recebido pelo juiz, sendo devolvido para que participem da mediação (há exceções no artigo 5º da Ley 26.589/2010). Por isso essa modalidade de mediação – que não é a única existente por lá, como já apontamos, mas que optamos por transformar em nosso objeto de interesse na pesquisa já referida – se denomina mediação prejudicial.

Aparentemente essa obrigatoriedade de uma mediação cível extrajudicial e prévia ao processo, ao longo de décadas¹³, contribuiu para desenvolver, naquele país, uma vivência bastante ampla sobre o instituto da mediação, tornando-se familiar para os argentinos (CARAM *et. al.*, 2006; OLIVERA, 2005). As pessoas e as instituições foram obrigadas a aprender e entender a mediação, ajustando-se para oferecer serviços de mediação e acostumando-se à atividade e intervenções dos mediadores nas mais diferentes espécies de conflitos. Diferente do que ocorre no Brasil, onde apenas recentemente esse método vem sendo disponibilizado aos litigantes como forma de tratar suas disputas de interesses – e mesmo assim de forma predominantemente judicial (vide a resolução 125 do CNJ, já referida linhas acima¹⁴).

No campo da mediação escolar, que aqui nos interessa, e considerando a situação específica da Cidade Autônoma de Buenos Aires¹⁵, houve a edição da Ley de Mediación Escolar n. 3.055, de 21 de maio de 2009, aplicável em todos os níveis e modalidades do sistema educacional público gerido pelo Governo da Cidade Autônoma de Buenos Aires (CABA)¹⁶. Essa legislação, como prescreve o

¹³ A primeira lei de mediação argentina é data de 1996: Ley n° 24.573 de 1996 – Establécese La mediación y conciliación previa a todo juicio.

¹⁴ Dentre as considerações iniciais dessa Resolução 125 do CNJ (Brasil), lê-se: “cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”. Texto integral disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em 05 set. 2018.

¹⁵ É preciso esclarecer que em setembro de 2003, o Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación desenvolveu o “Programa Nacional de Mediación Escolar” (Resolución n° 503), abrangendo toda a Nação Argentina. Da mesma forma, a Ley de Educación Nacional (Ley n. 26.206, 2006) de 2006, igualmente impulsiona ações para a mediação escolar estabelecendo que o Consejo Federal de Educación fixasse as disposições necessárias para “desarrollar prácticas de mediación que contribuyan a la resolución pacífica de conflictos” (Ley n. 26.206, Artigo 123, inciso J). Deste modo, escolas públicas, privadas, organizações não governamentais iniciavam o desenvolvimento de projetos, investigações e formações focando a mediação de conflitos em diversas províncias argentinas, e não apenas em Buenos Aires. O interesse por CABA, neste artigo, decorre do fato da pesquisa a que aqui nos referimos ter ocorrido naquela cidade. A esse respeito, conferir: Possato *et al.* (2016).

¹⁶ Texto integral da lei disponível em:

<[http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php?id=128129&qu=c&ft="](http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php?id=128129&qu=c&ft=)

seu art. 1º, criou o Sistema Integral de Mediação Escolar, com a finalidade de difundir, promover e instituir a implementação de métodos cooperativos e pacíficos de gestão dos conflitos para todos os integrantes da comunidade educativa, tendo em conta as suas especificidades.

Segundo o artigo 4º dessa lei, o Sistema Integral de Mediação Escolar da CABA tem por objetivos:

- a. Promover el tratamiento de los conflictos institucionales mediante la participación en procesos de mediación u otros métodos cooperativos y pacíficos de abordaje, gestión y resolución de conflictos.
- b. Propiciar actitudes favorables a la reflexión y el diálogo cooperativo frente a situaciones de conflicto que pudieran manifestarse en el ámbito escolar.
- c. Fomentar el autoconocimiento y a la autorregulación de las conductas de los diferentes actores institucionales.
- d. Implementar estrategias de abordaje de conflictos que promuevan el respeto y la apreciación de la diversidad y la consolidación de una cultura de tratamiento pacífico y cooperativo de los conflictos.

A implementação concreta da lei se dá por meio de programas de duas naturezas distintas: programas de capacitação e programas de mediação, propriamente dita. Os primeiros são direcionados a administradores, alunos e famílias, todos passíveis de envolvimento em conflitos. Como o próprio nome sugere, pretendem dotar esses personagens de ferramentas para pensar e agir de forma adequada e cooperativa diante dos conflitos. Já os programas de mediação são constituídos de processos organizados e conduzidos de forma diferente a depender do caso: mediação conduzida por adultos para tratar conflitos entre alunos, entre adultos, e/ou entre alunos e adultos; mediação realizada por alunos para resolver conflitos entre alunos; e, finalmente, mediação conduzida por equipes de adultos e alunos, para dirimir controvérsias entre alunos e entre alunos e adultos (conferir JABLKOWSKI E GONZALEZ, 2011)¹⁷.

A realização desses programas é compreendida como um processo participativo, integrado por ações conjuntas, desenvolvidas por todos aqueles que fazem parte da comunidade educativa. Não se trata de medidas ou determinações para serem aplicadas de maneira uniforme. Antes, há uma preocupação com as especificidades de cada escola e que podem tocar, por exemplo, em questões culturais e deficiências estruturais. Por isso, essas pessoas têm a incumbência de

0&cp=&rl=1&rf=0&im=&ui=0&printi=&pelikan=1&ssezion=2333660&primera=0&mot_toda=&mot_frase=&mot_alguna=>. Acesso em 07 set. 2018.

¹⁷ Desde 2000, quando o programa foi implantado, até 2012 (período abrangido pelo trabalho em foco), teriam sido capacitados 4.739 mediadores (ARGENTINA, 2015, p. 69).

construir o Programa, adaptando-o às necessidades e possibilidades da escola, assim como de definir o seu peso e os seus objetivos.

O sistema integral de mediação escolar conta com uma equipe de mediadores escolares, com formação em mediação, que fornece capacitação, assistência técnica e supervisão às instituições educativas para o desenvolvimento de Programas de alunos mediadores. Também podem intervir junto às autoridades das instituições de educação, para que participem e colaborem na resolução das situações de conflito que surjam entre os atores da comunidade educativa, ou entre essas instituições e a sociedade em geral. Podem realizar mediações, atuando como facilitadores, conduzindo diálogos assistidos e, enfim, lançando mão de formas cooperativas e pacíficas de solução de conflitos.

A proposta didática da capacitação parte da percepção de que o problema da mediação escolar encontra-se ligado às interações pessoais que se desenvolvem cotidianamente no ambiente escolar. Estas não seriam plenamente conscientes e responderiam, mais do que as decisões didáticas ou pedagógicas, a modos pessoais de abordar as diferentes situações que surgem.

Na ausência de qualquer formação específica para essa tarefa, tentar ou não a mediação, e obter ou não êxito nessa tentativa, estaria ligado a certas percepções ou aptidões pessoais de alguns professores, levando ao improvisado. Contudo, é possível promover a capacitação de mediadores, por meio de experiências e exercícios, utilizando técnicas de jogos, dramatizações, vídeos, leitura de contos, dentre outros, e é isso que vem sendo realizado por lá (cf. ARGENTINA, 2015).

Uma dessas experiências foi descrita pela equipe docente da Direção Nacional de Mediação e Métodos Participativos de Resolução de Conflitos, órgão ligado ao Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Argentina a quem compete, naquele país, tomar iniciativas de âmbito nacional no campo da mediação. Em nossa estada por lá, realizamos observações e entrevistas nessa instituição. Nossos interlocutores, sobretudo mediadores, tratavam de enaltecer, a todo momento, o sistema de mediação portenho, dando grande importância à mediação escolar. Talvez em função do aspecto educativo, formativo, de que se reveste essa atividade. O contato precoce com a mediação na escola e o efeito multiplicador dessa atividade, cujos saberes e fazeres são transportados para a casa e a comunidade, até mesmo pelos estudantes, acaba contribuindo para que o sistema de mediação de conflitos naquela cidade funcione adequadamente.

Foram recorrentes os relatos de que os docentes e não docentes que participaram desse tipo de experiência reconhecem a utilidade e a aplicabilidade da mediação em seus lugares de trabalho. Em relação aos estudantes, alguns desenvolveram a habilidade de atuar como “promotores de entendimento”, observando-se que depois dessa experiência passaram a participar de outros projetos solidários, servindo também como difusores da chamada “cultura da mediação”

em seus bairros, família, etc, atuando como “multiplicadores das ferramentas de prevenção da violência nas suas escolas”.

4. MEDIAÇÃO ESCOLAR: UM CAMINHO PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO DESSES CONFLITOS?

A Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 5º, XXXV elenca que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, contudo a ela trouxe uma grande movimentação na esfera do Judiciário, pois com a consagração dos direitos fundamentais houve uma procura maior do cidadão na busca de seus direitos ocasionando a procura da justiça.

Nesse sentido, com a movimentação da sociedade e a procura do Poder judiciário para ajuizamento de demandas, houve um aumento do número de processos, dentro desta ótica a estrutura do nosso ordenamento jurídico não estava preparado para o enfrentamento do grande número de litígios, ocasionando a não prestação jurisdicional adequada. Ao menos é este, segundo Filpo (2016) o discurso das autoridades judiciárias acerca do tema.

Essas premissas apontam que os meios de resolução de conflito passaram a ser uma alternativa aos serviços judiciários prestados pelo Estado para que as demandas sejam contornadas ou mesmo solucionadas por outras vias, sendo o Judiciário a última opção. Com efeito, tanto a Constituição de 1988, como a Emenda Constitucional de n. 45/2004, as Resoluções de n. 125/2010 e de n. 225/2016, e a Lei n. 13.140/2015, foram fundamentais para o surgimento de uma diversidade de normas e Leis que permitiram a estimular a mediação de conflito buscando sempre as diversas maneiras de solucionar o litígio, ocasionando criação em todos os Tribunais do Brasil centros especializados em métodos de resolução de conflitos

Pode-se ponderar que nem todos os casos são passíveis de mediação, entretanto, vem se consolidando a percepção de que ela seria mais adequada para tratar aquelas disputas, em que as partes envolvidas nos conflitos tenham relações continuada. Parece ser este o caso, nos conflitos surgidos em escolas.

A mediação escolar como método de resolução e conflito está cada vez mais presentes na realidade escolar brasileira, podemos citar aqui alguns projetos da cultura da paz um deles é a realizada pela Prefeitura de Petrópolis que criou o processo de pacificação restaurativa – Petrópolis da Paz através da Lei 7532/2017 na qual a utilização da mediação para atenuar os conflitos existentes no ambiente escolar. Busca-se desenvolver ferramentas como escuta ativa, que é um instrumento de legitimação e participação no diálogo, demonstrando interesse com perguntas que estimulam a participação. Outra técnica utilizada é o acolhimento das partes no sentido de as partes envolvidas estarem realmente se senti-

do parte da dinâmica e acolhidas informalmente na escuta e resolução e seus problemas.

Na mediação, segundo os especialistas, existe a oportunidade da resolução em definitivo do litígio, pela verbalização pelas partes do conflito, pela vontade de resolução das partes, pela celeridade processual. Com isso podemos perceber que o objetivo do oferecimento dos métodos de resolução de conflito, principalmente da mediação, seria a possibilidade das partes de se posicionarem perante o litígio sem a intervenção do judiciário, até mesmo porque a função do judiciário é a aplicação da Lei, sem necessariamente restabelecer condições de convivência pacífica entre as partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contrastando os relatos sobre as experiências argentina e brasileira, no campo da mediação escolar, observa-se que naquele país, já há alguns anos, opções institucionais têm levado a que sejam realizadas, no próprio ambiente escolar, tentativas (sessões) de mediação conduzidas por mediadores devidamente capacitados em um programa específico. Diferente do que vem ocorrendo no Brasil, onde as experiências de mediação escolar apresentam-se de forma mais tímida, não abrangente.

Naquele país, segundo nossas experiências de campo, separa-se bem a atividade do juízo (el juicio) daquelas que o antecedem, isto é, os esforços anteriores ao ajuizamento de alguma ação, no sentido de se resolver consensualmente as disputas. De alguma forma, nossas percepções – ainda incipientes – sobre a administração de conflitos escolares, no Brasil, revela uma tendência de encaminhar, sobretudo os casos mais difíceis, diretamente ao sistema de justiça, sem conceder-lhes a oportunidade de uma instância extrajudicial e consensual prévia. Isso quando o conflito se torna aparente pois, conforme demonstrado nesse texto, há muitos conflitos que são simplesmente ignorados: finge-se que não existem, o que pode, até mesmo, contribuir para o seu agravamento.

Na experiência brasileira a mediação – a despeito de meritorias iniciativas isoladas e bem sucedidas – somente há pouco tempo vem sendo disponibilizada à sociedade de forma ampla, tendo como marco mais relevante a Resolução 125/2010 do CNJ, que pretendeu difundir as soluções consensuais dos conflitos de interesse. E que, posteriormente, foi seguida em iniciativas análogas, especialmente pela Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), que aqui nos interessa sobremaneira.

Por ser muito recente, as disposições nela contidas ainda aguardam para serem testadas ao máximo em suas respectivas potencialidades, no campo da solução consensual de conflitos. Assim, embora na experiência brasileira – até este momento e nos limites da pesquisa aqui considerada – a escola não tenha

sido eleita como um espaço preferencial para o tratamento dos conflitos que surgem dentro ou a partir dela, parece ser interessante observar a experiência argentina e refletir sobre os meios de implementação e fortalecimento das práticas consensuais, sobretudo – no caso deste artigo – a mediação escolar. Raciocínio este que pode ser estendido para outras tentativas de solução consensual, mesmo que não se encaixem em um conceito dogmático de mediação.

Assumindo uma perspectiva propositiva, vislumbramos que a existência de uma regulamentação própria que cria as condições para a capacitação de mediadores e de utilização da mediação, com autorização legal que lhe confere segurança jurídica, está propiciando as condições básicas, do ponto de vista legislativo, para que as escolas e a comunidade dela se apropriem. Desse modo podem dar melhor encaminhamento a tais conflitos, observando aspectos pedagógicos e culturais relevantes, sempre que a sua natureza ou gravidade não exigir o encaminhamento a outras instâncias.

E é nessa medida que se abrem as portas para o desenvolvimento de novas tecnologias sociais, com potencial para reinventar as formas como temos lidado, tradicionalmente, com os conflitos escolares.

REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz Gerhenson; SILVA, Gabriela Machado da; PACHECO, Cássia Linhares; ÁVILA, Lisélen de Freitas. Judicialização dos Conflitos Escolares: desafios para a materialização dos princípios do SINASE. Disponível em <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/serpinf/2014/assets/21.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

ARGENTINA. Ley n° 24.573 de 1996 – Establécese La mediación y conciliación previa a todo juicio. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/2500029999/29037/norma.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

_____. Cidade Autónoma de Buenos Aires. Ley n. 3.055, de 21 de maio de 2009: Crea el sistema de Mediación Escolar. Disponível em: <http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php?id=128129&qu=c&ft=0&cp=&rl=1&rf=0&im=&ui=0&printi=&pelikan=1&sezion=2333660&primera=0&mot_toda=&mot_frase=&mot_alguna=>>. Acesso em 10 ago. 2018.

_____. Ley n° 26.589 de 2010 – Establécese con carácter obligatorio La mediación previa a procesos judiciales. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

_____. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Mediación en La Argentina, una Herramienta para El Acceso a La Justicia. Buenos Aires: Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos, 2015.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasil. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em 07 set. 2018.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; MELLO, Kátia Sento Sé; FILPO, Klever Paulo Leal; NUNES, Thais Borzino Cordeiro. Fronteiras entre Judicialidade e não judicialidade: percepções e contrastes entre a mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires. Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas. v.10, n.1, p. 1-24, 2016. Disponível em <<http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/19716/14024>>. Acesso em 10 mar. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125/2010. Disponível em <<http://cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/legislacao>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

_____. Lei nº 13.105/2015 – Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 mar. 2015.

_____. Lei nº 13.140/2015 - Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 01 mai. 2018.

CARAM, Maria Elena; EILBAUM, Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. Mediación – Diseño de una Práctica. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006.

CHISPINO, Álvaro. Gestão do Conflito Escolar: da classificação do conflito aos modelos de mediação. Revista Avaliação de Políticas Públicas, Rio de Janeiro, v.15, n.54, p. 11-28, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v15n54/a02v1554.pdf>>. Acesso em 07 set. 2018.

FERNANDES, Maria Castilhos; MACIEL, Ana Lúcia Suárez (Orgs.). Tecnologias sociais: experiências e contribuições para o desenvolvimento social e sustentável. Porto Alegre: Fundação Irmão José Otão, 2010.

FILPO, Klever Paulo Leal. Mediação Judicial: Discursos e Práticas. Rio de Janeiro: Mauad X e FAPERJ, 2016.

_____. Conflitos Escolares, Espiral do Conflito e (por que não?) a Mediação. Trabalho apresentado no XXIV Congresso Nacional do Conpedi – Belo Horizonte, MG (2015), disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/862Hmq4FvrN5T7NB.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2018.

_____; SAMPAIO, Beatriz Magrani; PEREIRA, Laura Macedo Diniz Marques. Estudo de Casos de Judicialização e Mediação de Conflitos Escolares no Município de Petrópolis, Rio de Janeiro. 2017. Artigo incluído nos anais do V Encontro Nacional sobre o Ensino de Sociologia Básica – ENESEB, UnB, Brasília, DF. Disponível em <<http://www.aconteceeventos.com.br/Anais%20ENESEB/resumos/PPT-poster-trab-aceito-0175-1.pdf>>. Acesso em 01 mai. 2018.

JABLKOWSKI, Gabriela; GONZALEZ, Guillermo: Configurando escenas colaborativas en la escuela. Buenos Aires: 12entes, 2011.

MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e Significados. Dilemas – Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social. IFCS/UFRJ. Rio de Janeiro. v.4, n. 1, jan./mar. 2011.

MENDONÇA PINTO, Nalayne. Juventude, conflitos e consensos: estudo de caso em duas escolas. In: GUEDES, Simoni Lahud; CIPINIUK, Tatiana Arnaud (Orgs.). Abordagens Etnográficas sobre Educação. Rio de Janeiro: Alternativa e FAPERJ, 2014, pp. 83-96.

NUNES, Thais Borzino Cordeiro. A conciliação nas ações fazendárias: perspectivas teóricas e obstáculos empíricos para a sua efetiva implementação. 2014. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis.

OLIVERA, Mirta Gómez. Mediación Comunitária. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2005.

POSSATO, Beatris Cristina *et al.* O Mediador de Conflitos Escolares: experiências da América do Sul. Revista Psicologia Escolar e Educacional, São Paulo. Volume 20, Número 2, Maio/Agosto de 2016: 357-366. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pee/v20n2/2175-3539-pee-20-02-00357.pdf>>. Acesso em 08 set. 2018.

RODRIGUES, Ivete; BARBIERI, José Carlos. A emergência da tecnologia social: revisitando o movimento da tecnologia apropriada como estratégia de desenvolvimento sustentável. Rev. Adm. Pública [online]. 2008, vol. 42, n.6, p. 1069-1094. ISSN 0034-7612. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122008000600003>>.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. São Paulo: Gen-Método, 2018.

VEZULLA, Juan Carlos. A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. (Org.). *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 63-93.

WARAT, Luis Alberto. In: MEZZAROBÀ, Orides et. al. *Surfando na Piora: o ofício do Mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. III.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO JUDICIÁRIO NA VISÃO DO USUÁRIO: percepções iniciais

Klever Paulo Leal Filpo

*Doutor em Direito, Professor do PPGD/UCP e do ITR/UFRRJ, Petrópolis/RJ
klever.filpo@yahoo.com.br*

Stephane Moreira da Rocha

*Mestranda em Direito, Discente do PPGD/UCP, bolsista CAPES/PROSUC,
Petrópolis/RJ
stephanerocha@yahoo.com*

RESUMO

A presente pesquisa encontra-se em etapa preambular, entretanto já foi possível auferir algumas informações a partir das análises iniciais. A finalidade da pesquisa é entender como a participação em sessões de mediação vem impactando na vida dos usuários, com recorte especial na cidade de Petrópolis pertencente ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em etapa exploratória, mediante o acompanhamento de sessões de mediações como ouvinte, foi possível perceber que, em geral, a parte não entende os procedimentos que estão sendo realizados e quais as vantagens e/ou desvantagens da realização de uma mediação judicial, a despeito dos esclarecimentos prestados na fase de pré-mediação. Também se percebe que, a partir do momento em que a ação é ajuizada, a lide (conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida) já está efetivamente estabelecida e, nesse contexto, a receptividade à mediação, ou outras formas de solução consensual, se torna muito mais difícil, pois as partes não estão mais tão abertas ao diálogo, quanto menos a um acordo. Compreender as percepções dos usuários sobre os serviços de mediação parece ser algo indispensável considerando o objetivo institucional do CNJ de transformá-la em método efetivo de resolução de disputas. Caso esse aspecto não seja considerado é possível que se torne não mais do que uma etapa processual realizada por força de imposição legal, mas sem qualquer efetividade.

Palavras-chave: judicialização, mediação, conflitos, jurisdicionado.

INTRODUÇÃO

A Resolução de conflitos é uma das maiores questões que permeiam o judiciário nacional, quiçá mundial, visto que a vida em sociedade pressupõe

relações interpessoais que inerentemente geram discordâncias entre os indivíduos que, por sua vez, dão início aos conflitos.

Não só conflitos entre indivíduos, mas também conflitos sociais de modo geral devem ser sempre objeto de atenção, ou seja, divergências de pensamentos são naturais e intrínsecos à sociedade e em quanto estiver sendo bem administrado pelos atores da discussão de ideias não há a necessidade de intervenção, uma vez que, naturalmente, poderão ser solucionados amigavelmente.

A solução de conflitos mobiliza conjuntamente recursos cognitivos e afetivos, estes aspectos, portanto, regulam a conduta dos indivíduos, os conflitos interpessoais, que, no aspecto estudado estão em situação de confronto, passam a desencadear um sentimento de afeto negativo e necessitam justamente do entendimento do indivíduo a respeito de seus próprios aspectos de resposta às ideias contrárias às suas.

A grande questão, que é o foco central desta pesquisa, constitui-se pela solução de conflitos os quais as partes não são capazes de resolver por si, sendo necessária a intervenção de um terceiro, que será o intermediador entre os lados divergentes, a fim de auxiliar a construção de um consenso.

Neste contexto, a mediação tem sido um tema em evidência pelos acadêmicos e também pelos doutrinadores, inúmeros trabalhos e artigos. Entretanto, nota-se que em sua maioria trazem pensamentos dogmáticos sem uma análise da realidade da mediação e como ela vem sendo aplicada na prática pelos tribunais.

Sobre o conhecimento atrelado à dogmática lecionam os professores Roberto Kant Lima e Barbara Lupetti Batista:

Os discursos produzidos pela dogmática – baseados essencialmente em opiniões, em vez de dados, ou evidências – ainda sustentam a produção “teórica” do Direito, embora não encontrem qualquer correspondência empírica. Isto tem como consequência o fato de que ler leis, livros e manuais de Direito não é suficiente para construir uma percepção adequada do campo jurídico e tampouco permite entender a lógica do nosso sistema judiciário. (LIMA, BAPTISTA. 2013)

Esta pesquisa tem por finalidade entender a percepção do usuário sobre a mediação judicial no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Interessamos compreender se as pessoas que recorreram ao judiciário na tentativa de solucionar conflitos ao serem submetidas ao processo de mediação entendem que tiveram, de fato, direitos garantidos e acesso a efetiva justiça. Muito além de apenas olhar para a mediação, a pesquisa busca um olhar especial para o jurisdicionado e sua percepção quando submetido à uma cessão de mediação judicial.

A partir de uma análise inicial percebeu-se que a mediação tem sido descrita por uma perspectiva idealizada, até mesmo, de certa forma, romantizada, pelos autores que, apaixonados pelo tema, descrevem a mediação como a solução para a judicialização nacional, como a exemplo dos manuais *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas* (VASCONCELOS, 2012), ou ainda no livro *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*, que acredita que a mediação atua “não somente na resolução, mas também na prevenção de conflitos, na medida em que os partícipes, em vez de constrangidos à decisão inafastável de um terceiro, como ocorre com os métodos heterocompositivos, são os próprios autores do acordo”. (ALMEIDA, PELAJO, JONATHAN. 2016. p.67), dentre outros manuais que trazem a meditação, suas aplicações e métodos, em seu aspecto teórico apenas.

Entretanto, de fato, há poucos levantamentos fidedignos sobre se a mediação vem atendendo os anseios da população usuária do serviço e se vem garantindo acesso à uma justiça eficaz, assim como narram os manuais de mediação. Neste ponto, esta pesquisa busca entender a receptividade do mediando e sua aceitação do referido procedimento, se efetivamente está havendo o reestabelecimento do diálogo e do vínculo, a exemplo das sessões de mediação judicial que vem tendo sua realização obrigatórias, conforme explanam com propriedade as autoras Bárbara Lupetti Baptista e Maria Stella de Amorim:

Retomando a questão da introdução da mediação e da conciliação, tidas como inovações no sistema judiciário, pode-se dizer que, submetidas às práticas em uso na organização judiciária, elas não poderiam ser absorvidas como inovações, embora incentivadas por movimentos que as apresentavam como contribuição crucial para a excessiva quantidade de ações em andamento nos tribunais brasileiros e também para simplificar a prestação jurisdicional. No caso da conciliação, já introduzida no âmbito dos Juizados Especiais há quase duas décadas, ela não poderia sustar o aumento das demandas judiciais, que, ao contrário, aumentaram muito com a adoção da conciliação judicial nos Juizados. Ela também não interferiu nos atos processuais vantajados. O aumento da demanda ocorreu, em grande parte, por estar a conciliação em juizados especiais, gratuitos que permitiam em casos regulados dispensar despesas com advogado. Também deve ter influenciado o aumento da demanda a sedução do jurisdicionado por maior agilidade no curso da ação. Neste sentido, os juizados contribuíram para o aumento quantitativo do acesso à justiça, a despeito de reclamações expressas por usuários dos serviços judiciais, quase sempre sobre a falta de qualidade no atendimento, ou por se sentirem desconsiderados durante a prestação jurisdicional. Já a mediação, ora também apresentada como inovação pelos mais altos escalões da burocracia judicial, dá agora os primeiros passos nos tribunais brasileiros, quase na mesma modalidade adotada

na criação dos juizados especiais, ou seja, dentro do processo judicial, correndo o risco de ser uma mediação tuteladora das partes. Tudo indica que a mediação seguirá o mesmo caminho da conciliação judicial, antes já introduzida no Judiciário. Mas é preciso esperar para constatar como suas práticas serão formalizadas e aplicadas. (BAPTISTA, AMORIM. 2014 p. 313/314)

Diante disso o objetivo central do presente artigo é desmistificar a idealização sobre a mediação que vem sendo propagada como uma verdade dogmática e evidenciar uma visualização real de como ela vem impactando na percepção de acesso à justiça da sociedade de modo geral e no jurisdicionado que se utiliza deste mecanismo de tentativa de solução de conflitos.

Através de pesquisa empírica, almeja conhecer qual a percepção de acesso à justiça para os indivíduos estudados e, diante disso, procura entender se as sessões de mediação, da forma com que são realizadas pelos tribunais atualmente, vem contribuindo para a diminuição da judicialização ou não, pois, se o usuário não tiver a sensação de que obteve o efetivo acesso à justiça e a proteção de seu direito a aplicação da mediação não terá surtido o efeito esperado e, por fim, esta estaria acarretando ainda mais morosidade ao processo, um contrassenso de seu propósito inicial.

Traz também a interdisciplinaridade com a psicologia a fim de entender efetivamente a percepção do usuário sobre o procedimento aplicado sob a nomenclatura de mediação, busca entender como o jurisdicionado sente-se ao ser dirigido a um procedimento de mediação. A aplicação de métodos de estudo da cognição próprio da psicologia faz-se necessário uma vez que somente através dela é possível estudar a percepção de modo entender se o usuário o cerne da questão: como os usuários percebem intimamente a mediação.

De acordo com o dicionário técnico de psicologia¹ conflito conceitua-se como: “Situação em que existem impulsos emotivos e motivacionais contraditórios. Quando o sujeito se encontra neste caso é necessário fazer uma opção sem a qual o conflito não se resolverá, resultando numa frustração”. (MESQUITA, 1995)

Segundo os estudos da psicologia o conflito é inerente ao processo de desenvolvimento dos indivíduos, podendo ser caracterizado como um estado de coisas em que as partes divergem em suas vontades e opiniões, dissenso, representa uma tensão que envolve pessoas ou grupos de pessoas quando existem tendências ou interesses incompatíveis. Importa dizer que só existe conflito se houver algum tipo de relação entre as partes, de modo a justificar

¹ MESQUITA Raul, DUARTE Fernanda, *Dicionário de psicologia*. EDITORA PLÁTANO. 1.a Edição 1996.

esse mesmo conflito, como se mostram frequentes entre pais e filhos, patrões e trabalhadores.

As relações interpessoais pressupõem que existirão conflitos, tendo em vista a individualidade das pessoas que compõem a sociedade, pois é fruto das percepções de mundo divergentes e opiniões contrárias ou de expectativas frustradas de uma das partes a respeito da outra, essas relações ainda são eivadas de múltiplas percepções, sensações, sentimento e crenças, podendo estes ser conflituosos, e para a correta negociação dessas visualizações divergentes é necessária comunicação, diálogo e persistência.

Ainda será necessário traçar as diferenças entre a mediação de forma abstrata e a prática da mediação, analisando o “dever ser” e o “ser”, determinando, nesta etapa, a verdadeira discrepância entre elas. A partir da análise dos dados coletados e o conseqüente entendimento do tema, poder-se-á avaliar assim o real sentimento do usuário em relação a mediação judicial.

Nota-se que o “*dever ser*” da mediação caracteriza-se pelo resultado da análise dos manuais, ou seja, em um aspecto teórico como a mediação deveria ser aplicada e qual o resultado deveria ser almejado, ao passo que o “*ser*” da mediação será apresentado pela realidade da aplicação da mediação evidenciada na pesquisa empírica a ser realizada.

Busca entender se a mediação tem cumprido seu papel social que seria, de acordo com os manuais, restaurar relações partidas e reconstruir o diálogo entre as partes para que se possa findar em uma denominada “cultura da paz” e as próprias partes serem capazes de resolver seus conflitos de forma harmoniosa ou se está servindo apenas para esvaziar prateleiras do judiciário.

Visa, portanto, compreender se a política de aplicação da mediação judicial da forma como que é adotada pelo judiciário tem sido realmente eficaz pela perspectiva do usuário, fugindo de uma visão institucional sobre o tema e buscando a realidade da visão da sociedade.

Para tanto, a metodologia utilizada é a pesquisa empírica com a finalidade analisar a prática da mediação na percepção do usuário/mediando, a fim de confrontar tais resultados com o que é descrito de forma abstrata nos manuais, utilizando a metodologia etnográfica composta de entrevistas constantes de perguntas semiestruturadas e abertas, a fim de permitir que o entrevistado esteja livre para falar.

O roteiro utilizado constitui-se de três perguntas, quais sejam: O que você espera da mediação? O que você esperava aconteceu? Como você percebeu essa experiência? As respostas são tabuladas e são analisadas buscando as recorrências e diferenças, a fim de entender o padrão de resposta. Como já informada a pesquisa ainda incipiente está em andamento.

A MEDIAÇÃO PARA OS MANUAIS

Para tanto cabe inicialmente realizar uma breve observação sob a perspectiva dos manuais escritos a respeito, e também da legislação pertinente, em uma análise teórica e abstrata para a elucidação dos conceitos e expectativas geradas pelo instituto estudado.

De acordo com o manual sobre mediação judicial do Conselho Nacional de Justiça:

A mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Alguns autores preferem definições mais completas sugerindo que a mediação um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição. Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades (CNJ, 2016. p.20).

Notadamente as formas autocompositivas podem abranger não só a mediação como também a conciliação, o que gera inúmeras dúvidas a respeito da diferenciação entre os referidos institutos, considerações que serão feitas mais a frente nesse projeto.

A Mediação, portanto, deve ser um momento para que as partes possam reestabelecer seus vínculos e capacidade de comunicação a fim de sozinhas serem capazes de solucionar seus litígios, vê-se que nesse aspecto a mediação aproxima-se muito mais das características da psicologia em detrimento do direito, sendo aquele uma busca maior pelo entendimento dos sentimentos e a compreensão de seus atos enquanto este tende a ser mais combativo e pragmático.

Conforme ensina Tartuce:

A conciliação também é um método autocompositivo, em que um profissional imparcial auxilia os litigantes a celebrar um acordo, expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo soluções para a controvérsia sem, todavia, forçar a realização do acordo (TARTUCE, 2008).

Vale ressaltar que o processo de mediação é lento, demorado e poderá ser fracionado em quantas sessões se entender necessárias, podendo continuar, suspender, abandonar e retomar as sessões, sempre respeitando o tempo necessário para que os conflitantes possam ser capazes de reestabelecer sua comunicação de forma saudável.

A mediação, portanto, considera-se uma atividade colaborativa que facilita o diálogo entre os indivíduos, sendo o mediador um terceiro com técnicas para o estabelecimento da comunicação, aplicação da escuta ativa, em um ambiente acolhedor, priorizando sempre o consenso.

Segundo Raíra Tuckmantel Habermann:

Para uma considerável parcela de operadores do direito e doutrinadores, a instituição da audiência de mediação e conciliação, é um instrumento essencial para a pacificação social e a efetivação da tutela jurisdicional, tendo em vista que dá a oportunidade às partes, mutuamente, produzirem uma solução ao conflito, consequentemente produzindo um “empoderamento” e satisfação pelo resultado alcançado (HABERMANN 2016. p.13).

O manual da ENAM sobre mediação traz as formas consensuais de solução de conflitos, mais especificamente a mediação, como um real garantidor de acesso à justiça uma vez que traz para as mãos do usuário o poder para decidir e resolver todas as questões de sua lide de forma livre, e, desta feita, um procedimento de grande importância para a máquina judiciária e a solução de conflitos, conforme expressa o manual de estudos sobre a mediação para os membros do Ministério Público:

A Escola Nacional de Mediação e de Conciliação (ENAM), [...] Sua principal pretensão é colaborar com a mudança de cultura do país, no sentido da adoção de mecanismos autocompositivos na solução dos conflitos, fortalecendo, assim, o diálogo e o consenso como caminhos necessários para uma nova democracia participativa e deliberativa. (ENAM 2014, p. 78)

E prossegue:

A Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça incorporou a percepção de ser o acesso à justiça um método de pensamento e um direito fundamental procedimental e substantivo. Para realmente implementá-lo, tem fortalecido o empoderamento popular no âmbito do sistema brasileiro de acesso à justiça, de forma a ampliar a participação social na própria administração da justiça. (ENAM 2014, p. 80)

Neste sentido a mediação é descrita pelos manuais como forma de garantir ao jurisdicionado acesso à justiça ao passo que dessa forma terá auxílio para solucionar seus litígios sem que seja necessária uma sentença impondo-lhe uma solução, permitindo uma emancipação da parte em relação a dependência do judiciário que a sociedade atual perpetua. Alguns autores tratam a mediação como verdadeiro empoderamento da parte, visto que possui o poder e a autonomia para decidir conforme suas convicções e chegar a um consenso que seja bom para ambos.

Não obstante, a mediação por vezes é confundida com a conciliação,

até mesmo pelos operadores do direito, e aplicada de formas equivocadas e em conflitos cuja temática não é pertinente àquele instituto.

Apesar de sua finalidade conciliatória a mediação e a conciliação possuem propósitos bem distintos e aplicações diferentes. A conciliação tem o principal fundamento a realização de acordos, por vezes seu único objetivo, já a mediação não possui a finalidade de acordo, mas sim de apaziguamento do conflito e reestabelecimento do diálogo entre as partes, mesmo que não haja ao fim consenso.

Por vezes forçar um acordo aparentemente injusto entre as partes não irá terminar um conflito, podendo até mesmo deixá-lo mais acirrado do que se encontrava antes. No entanto a mediação busca a paz social e para tanto a restauração das relações entre os conflitantes é extremamente necessária para que não haja a construção de novos conflitos posteriores versando sobre a mesma problemática.

Segundo a autora Fernanda Tartuce (2008) a mediação, pautada no princípio da informalidade e autonomia de vontade entre as partes permite que permita a resolução da controvérsia de maneira mais concreta e satisfatória, de modo que explica:

No tratamento do conflito, importa adotar a via mais adequada ao desiderato maior de pacificação com justiça. A mediação, enquanto prática para a facilitação do diálogo entre as partes, não tem regras fixas [...]. Tratando-se de técnica em que se busca o restabelecimento da comunicação, muitas vezes o encaminhamento da controvérsia deverá ser conduzido segundo as situações pessoais dos envolvidos e as condições concretas de sua relação. (TARTUCE 2008, P. 213)

Vemos que a mediação é a forma alternativa de resolução de conflitos mais abrangente que existente, pode ser utilizada em toda e qualquer instância processual, desde que as partes estejam de acordo, o que proporciona uma liberdade ímpar aos conflitantes, e ainda transfere a responsabilidade decisória para os envolvidos buscando sempre a facilitação da convivência entre as pessoas, tirando a autoridade estatal de suas vidas e emancipando as partes garantindo sua autonomia de vontade.

RESULTADOS PRELIMINARES DA PESQUISA

A pesquisa aqui demonstrada, que se encontra em fase inicial, vem apresentando resultados interessantes sobre a visualização dos jurisdicionados a despeito da mediação judicial, levando em conta toda análise bibliográfica, já explanada no capítulo anterior, percebeu-se uma certa discrepância entre o descrito nos manuais e os relatos dos usuários, e suas percepções acerca da aplicação da mediação judicial da maneira que é realizada pelo Tribunal de Justiça estudado.

Inicialmente buscou-se entender como ocorre o conflito em si, uma vez que ele se manifesta pela resposta violenta a um ato ou fato que se entende injusto ou indevido advindo de outro indivíduo.

Importa realizar uma distinção entre conflitos por causas reais e conflitos por causas emocionais, os primeiros envolvem divergências acerca de políticas, normas, prioridades, recursos, papéis e relações formais entre as partes, já os segundos compreendem sentimentos negativos entre as partes, como os de desconfiança, desprezo, ressentimento, medo, rejeição.

A distinção entre as causas dos conflitos é de extrema importância para que se busque a forma adequada se sua solução, até mesmo, no caso de aplicação de soluções voluntárias de soluções de conflitos, será determinante para se decidir se será utilizada a mediação ou conciliação uma vez que a causa do conflito é uma das distinções de aplicação dos institutos.

O conflito, portanto, é normal e inerente à sociedade, entretanto este será objeto da mediação no momento em que as partes seja incapazes de solucioná-lo por si mesmas e necessitem de um terceiro interventor para facilitar a comunicação e o diálogo.

Em fase exploratória inicial mediante o acompanhamento de sessões de mediações como ouvinte, e ainda mediante conversas informais nos corredores do fórum após as sessões de mediação, a fim de captar a opinião dos usuários de forma não identificada foi possível notar a mudança da opinião do usuário antes de depois da mediação.

Quando perguntados, antes da participação de uma sessão de mediação, qual a opinião sobre a mediação em geral, o indivíduo possui certa aceitação da realização da mediação, quando questionado se acredita que o acordo e/ou um procedimento consensual de solução de conflitos, dentre eles a mediação, são boas formas de se evitar um longo entrave no judiciário, na maioria dos casos a resposta é positiva.

No entanto, após terem passado pela respectiva sessão de mediação, a resposta no mesmo jurisdicionado questionado se modifica, demonstrando insatisfação com o procedimento realizado e, em algumas falas, afirmam ter sido uma perda de tempo estar ali, e que o processo teria continuidade.

Diante de tal ambiguidade, em análise preambular, a pesquisa busca entender se a mediação tem cumprido seu papel social que seria, de acordo com os manuais, restaurar relações partidas e reconstruir o diálogo entre as partes para que se possa findar em uma “cultura da paz” e as próprias partes serem capazes de resolver seus conflitos de forma harmoniosa. Busca entender se esta tem sido uma forma consensual de resolução de conflitos ou o Tribunal tem transformado a mediação em mais uma etapa processual.

Evidencia-se que após um processo judicial já constituído, dificilmente as partes conseguirão restaurar o diálogo e a relação entre elas, que uma vez eivada de litigiosidade e com uma carga emocional pesada, de forma que a sentença pode ser vista como uma forma de vingança e a chegada em um consenso que seja bom para ambos, apesar de bem recepcionado antes de acontecer a mediação não é tão simples, pois as partes passam a acreditar que o bom acordo é aquele que é melhor para si e não para ambos que é o que busca a mediação e que talvez não vem sendo bem explicado pelos aplicadores do instituto.

O objetivo central da presente pesquisa é desmistificar a idealização sobre a mediação que vem sendo propagada como uma verdade dogmática e evidenciar uma visualização real de como ela vem impactando na percepção de acesso à justiça da sociedade de modo geral e no jurisdicionado que se utiliza deste mecanismo de tentativa de solução de conflitos.

Almeja conhecer qual a percepção de acesso à justiça para os indivíduos estudados e, diante disso, procura entender se as sessões de mediação, da forma com que são realizadas pelos tribunais atualmente, vem contribuindo para a diminuição da judicialização ou não, pois, se o usuário não tiver a sensação de que obteve a o efetivo acesso à justiça e a proteção de seu direito a aplicação da mediação não terá surtido o efeito esperado e, por fim, esta estaria acarretando ainda mais morosidade ao processo, um contrassenso de seu propósito inicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebeu-se que a sociedade de modo geral possui de fato pouco ou nenhum conhecimento a respeito da mediação e como esta prática pode impactar em sua vida. Entretanto, quando o indivíduo é intimado pelo judiciário a comparecer em uma sessão de mediação é possível que não seja encarada como deveria ser, tal qual uma oportunidade de reestabelecer o diálogo e acertar as arestas para se chegar a um consenso que seja proveitoso para ambas as partes, de forma autônoma.

Ainda em uma visualização preliminar nota-se que o indivíduo pode se sentir de certa forma coagido à realização de um acordo, mesmo que não seja sua verdadeira vontade. Posto que, por vezes, sem o acompanhamento de um advogado ou defensor público, se vê em uma situação de vulnerabilidade e, como não entende o real sentido da mediação, acaba por sucumbir a um ou outro interesse.

Este fato pode acarretar em ainda mais problemas futuros e a não finalização do conflito, apenas postergando-o para uma próxima demanda que poderá em decorrência do tempo estar até mesmo mais acirrada.

A referida pesquisa que se encontra em fase embrionária, ainda não gerou dados suficientes para a visualização de uma conclusão objetiva e resultados finais. Entretanto, é possível perceber inicialmente que o jurisdicionado não sabe exatamente qual a finalidade da mediação e confunde tal instituto com a conciliação, sendo estas absolutamente distintas.

Para tanto a pesquisa empírica é a forma mais elucidativa de se encontrar respostas fidedignas à realidade do principal foco da máquina judiciária que é o jurisdicionado, e, por vezes, o que menos tem voz ativa para a aplicação das formas de solução de conflitos.

Não há como saber qual será o resultado da persente pesquisa e se será a favor ou contraria à prática da aplicação da mediação pelos tribunais, se o jurisdicionado tem encontrado na mediação uma garantia de direito ou uma barreira para o acesso ao mesmo direito.

REFERÊNCIAS

_____. **Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal** / Bruno Takahashi . [et al.] – Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2019.

ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Ed. JusPodivm.2016

AZEVEDO, André Gomma de. **Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista**. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2009.

BACELLAR, Roberto Portugal. **A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos**. *Revista de Processo*, Londrina, n. 95, p. 122-134, jul/set 1999.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar: instrumento para reforma do Judiciário**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Afeto, ética, família e o novo código civil: anais do IV congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BAPTISTA, Bárbara G. L., AMORIM, Maria Stella de. **Quando direitos alternativos viram obrigatórios. Burocracia e tutela na administração de conflitos**. *Revista Antropolítica*, n. 37, Niterói, 2. sem. 2014 Disponível em <http://www.revistas.uff.br/index.php/antropolitica/article/view/263> (acesso 05 abr de 2019)

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade – construção da verdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

BRAGA NETO, Adolfo. **Os advogados, os conflitos e a mediação**. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.) *Mediação: métodos de Resolução de Controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto nº. 678/92. Promulga A Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos De 22 De Novembro De 1969**. Brasília: Presidência da República, 1992.

BRASIL, República Federativa do. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Presidência da República, 2015

BRASIL, República Federativa do. **Lei de Mediação**. Lei no 13.140, de 26 de junho de 2015. Brasília: Presidência da República, 2015.

ENAM, Escola Nacional de Mediação. **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público / Ministério da Justiça**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

FILPO, Klever Paulo Leal. **Os juízes não aderiram à mediação**. *Lex Humana*, v. 6, n. 2, dez. 2014. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=565>. Acesso em: 14 mar. 2019.

GIBSON, J. **The perception of the visual world**, Connecticut: Greenwood Press Publishers, 1974.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo**. In: *Estudos De Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

HABERMANN, Raíra Tuckmantel. **Mediação e Conciliação no Novo Código de Processo Civil, doutrina – legislação, jurisprudência e prática**. São Paulo. 2016.

LIMA, Roberto Kant, BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico**. *Anuário Antropológico / 2013*, Brasília, UnB, 2014, v. 39, n. 1: 9-37 Disponível em: http://www.dan.unb.br/images/pdf/anuario_antropologico/Separatas%202013

_I/Como%20a%20Antropologia%20pode%20contribuir%20para%20a%20pesqui
sa%20juridica.pdf Acesso em 23 abr 2019.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. **A reinvenção da tradição do uso da mediação**. Revista de Arbitragem e mediação. São Paulo: RT, ano 1, n.3, set.-dez. 2004.

MESQUITA Raul, DUARTE Fernanda, **Dicionário de psicologia**. EDITORA PLÁTANO. 1.a Edição 1996.

NASCIMENTO, Meirilane Santana. **Acesso à Justiça: Abismo, população e judiciário**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7498 >. Acesso em 23 abr 2019.

RODRIGUES, Daniel Victor Alves Borges. **O limbo das práticas auto-compositivas judiciais: O debate atual e a contribuição de Kleber Filpo: Resenha de 'Mediação judicial: Discursos e práticas**, por Kleber Filpo (Mauad, 2011).Dilemas - Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 354-360, ago. 2018. ISSN 2178-2792. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/14162>>. Acesso em: 13 maio 2019.

ROSA, Conrado Paulinho da. **Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey. 2012

SADEK, MTA. **Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social**. In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 170-180. ISBN 978-85-7982-013-7. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.

SANTAELLA, L. **A percepção: uma teoria semiótica**. 2ª ed. São Paulo: Experimento, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer Para Libertar: Os Caminhos Do Cosmopolitismo Multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004

SHIFFMAN, Harvey, R. **Sensação e percepção**. 5ª ed. Rio de Janeiro, LTC, 2005.

SIX, Jean- François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STAHL, Eliane Aparecida. **A mediação como meio transformador das relações conflituosas no contexto atual brasileiro: uma alternativa ao Judiciário**. Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito Empresarial, 2000.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 2. ed. São Paulo: Método. 2012.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da Mediação**. Curitiba: Instituto de Mediação, 1995.

VILLELA, João Baptista. **Direito, Coerção & Responsabilidade: por uma ordem social não violenta**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Série Monografias, v. IV, n. 3. Belo Horizonte: UFMG, 1982.

O FENÔMENO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Marcelo Pereira de Almeida

*Universidade Federal Fluminense, Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais do SPP, Niterói, Brasil,
mpalmeida04@yahoo.com.br*

João Inácio Gonçalves Goulart

*Universidade Federal Fluminense, Graduando em Direito, Niterói, Brasil,
joainacio@id.uff.br*

Juliana Machado Nobre

*Universidade Federal Fluminense, Graduanda em Direito, Rio de Janeiro, Brasil,
juliananobre@id.uff.br*

RESUMO

Conforme preceituam os arts. 303 e 304 do CPC/2015, devem estar presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para que a tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente seja deferida pelo Poder Judiciário. Ocorre que em tais hipóteses, isto é, quando há o deferimento da medida pleiteada, para que não haja a estabilização da decisão, é necessário que a parte prejudicada interponha o recurso adequado que, conforme o art. 1015, I do CPC/15, é o agravo de instrumento. Dessa forma, o legislador preceitua, de maneira expressa, que a irresignação demonstrada por meio da interposição do referido recurso é capaz de obstaculizar os efeitos decorrentes da concessão da tutela de urgência antecipada. Observados, por óbvio, todos os requisitos de admissibilidade. Ocorre que já é possível perceber certas tendências que, isoladamente, não consideram o agravo de instrumento como a única forma admissível para combater os referidos efeitos da estabilização da tutela. A partir disso, a finalidade do presente estudo é compreender as conceituações e o próprio instituto em evidência, mediante uma análise jurisprudencial dos tribunais pátrios, da principal doutrina processualística sobre a temática bem como da doutrina internacional, tudo na intenção de encontrar a melhor interpretação capaz de atender os fins almejados por aquele que busca a tutela jurisdicional eficiente e justa. Ainda que não se possa apontar uma conclusão fixa, considerando a complexidade do tema, já é possível apontar, em primeiro plano, que existem tendências dispostas pelos Tribunais no sentido de acomodar o alcance do art. 304 da Codificação Processual Civil Brasileira.

Palavras-chave: Tutela Provisória de Urgência Antecipada em Caráter Antecedente; Estabilização da Tutela Provisória; Código de Processo Civil; Agravo de Instrumento.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo identificar como ocorre o fenômeno da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente. Busca-se esclarecer como é o tratamento doutrinário e jurisprudencial sobre tal procedimento, suas origens e perspectivas futuras, abordando certas controvérsias que permeiam a temática apresentada e aqui proposta.

Para tanto, indispensável destacar, inicialmente, que o instituto das tutelas provisórias além de encontrar previsão expressa no Código de Processo Civil do art. 294 ao art. 311, surgiu com o objetivo de dar efetividade e segurança jurídica à tutela jurisdicional da lide (THEODORO, 2018, p. 629) nos moldes do conceito Carneluttiano (CARNELUTTI, 1956, p. 03 apud THEODORO, 2018, p. 629) bem como de buscar promover o acesso à justiça que é uma garantia constitucional do ordenamento jurídico.

Sem prejuízo disso, no que tange à definição do instituto, as tutelas provisórias consistem em medidas técnico-processuais que aceleram a manifestação jurisdicional sobre certa demanda, ou seja, são instrumentos utilizados que visam combater os efeitos do tempo sobre o processo, garantindo uma maior celeridade no julgamento de determinada matéria (DINAMARCO, 2018, p. 26/27).

Contudo, para que o jurisdicionado possa se valer de tal faculdade processual, é necessário requerer a concessão da tutela provisória no caso concreto mediante pedido expresso ao juízo e, em regra, comprovação dos requisitos de risco de perecimento do direito e da probabilidade de sua existência, os quais são usualmente conhecidos como *periculum in mora* e *fumus boni iuris* (DINAMARCO, 2018, p. 27).

Destaca-se ainda que o objeto das “tutelas provisórias” é apresentado como um gênero que possui duas espécies principais, a saber: a) a tutela provisória de evidência que se encontra prevista no art. 311 do CPC/15 e b) a tutela provisória de urgência que, por sua vez, possui previsão no art. 300 e ss do Diploma Processual.

Com fundamento na fortíssima probabilidade do direito demandado - que deve ser devidamente argumentado e comprovado no momento de seu requerimento ao juízo - a tutela provisória de evidência objetiva conferir determinado direito ao seu titular sem que seja necessário passar por todo o decurso de tempo inerente à determinados atos processuais. Por esse motivo, não requer a

comprovação do *periculum in mora* necessariamente, devido ao instituto pautar-se primordialmente no *fumus boni iuris* (DINAMARCO, 2018, p. 30/31).

No mais, diferentemente do que acontece com as tutelas provisórias de urgência que podem ser requeridas em caráter preparatório bem como no curso da ação judicial, as tutelas de evidência embora antecipem a decisão final, não comportam em qualquer momento o seu requerimento em caráter antecipado, mas tão somente incidental, em razão de uma provável opção legislativa, já que há ausência de previsão expressa nesse sentido na codificação processual (DINAMARCO, 2018, p. 31).

Por outro lado, a tutela provisória de urgência é repartida em outras duas sub-espécies, a tutela antecipada (satisfativas) e a tutela cautelar (assecuratórias).

As tutelas assecuratórias/cautelares, como o próprio nome indica, visam assegurar o resultado útil do processo evitando que a passagem do tempo cause restrições futuramente a algum meio exterior, fazendo com que se prejudique o devido exercício da jurisdição. Isto é, este tipo de tutela provisória busca o sucesso do processo principal a partir dos efeitos úteis da decisão final. Ademais, este tipo de tutela provisória pode ser proposta de forma preparatória, ou seja, antes do início da ação principal ou ainda incidentalmente, quando for proposta no curso da demanda (DINAMARCO, 2018, p. 27/28).

Já as tutelas provisórias antecipadas/satisfativas são aquelas que deslocam os efeitos da decisão de mérito para o momento anterior, no caso a concessão da tutela, que em razão disso, pode ser de pronto exercido pela parte. Por este motivo, é indispensável que haja prova substancial nos autos demonstrando a probabilidade do direito e o perigo caso haja demora no julgamento da lide. Por fim, cumpre destacar que as tutelas antecipadas também podem ser requeridas em caráter incidental (no decorrer do processo) ou em de forma antecedente (antes da propositura da demanda principal). (DINAMARCO, 2018, p. 28)

A estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente emerge da desvinculação entre as tutelas jurisdicionais de cognição plena e sumária, permitindo uma determinada autonomização entre tais institutos. Diante desse fator, é possível que tal modalidade de tutela antecipada adquira certa tendência à perpetuidade como decisão hábil a resguardar o direito material envolvido no conflito de interesses sem que seja esgotada a cognição do feito, sendo extinto de pronto o processo com a tutela estabilizada (THEODORO, 2018, p. 705).

É possível perceber, portanto, que foi acolhida a tutela sumária, que admite que a decisão de cognição não exauriente possa amparar de maneira suficiente a crise do direito material apresentada no processo. Contudo, não há qualquer força de coisa julgada material para o caso tratado, podendo o interessado

no prazo decadencial de dois anos ingressar com uma nova ação para alcançar a cognição plena do feito (THEODORO, 2018, p. 706/709).

Ademais, cabe ressaltar o entendimento de que seria inadmissível a incidência da estabilização nos casos de tutelas antecipadas incidentais e tutelas cautelares.

No primeiro caso, a doutrina segue a interpretação literal do dispositivo legal, que positiva a opção legislativa pela estabilização apenas em caráter antecedente, ressaltando a excepcionalidade da medida e sua restritividade. Já, no segundo caso, a carência de previsão legal que ampare a aplicação do instituto, associada ao fato de a índole das medidas cautelares ser eminentemente conservativa e não satisfativa (ou seja, não solucionam a crise no direito material) impedem a sua efetiva estabilização (ALVIM, 2017. p. 207/210).

Feito o contexto, o presente artigo tem como escopo analisar o instituto das tutelas provisórias de urgência antecipadas requeridas em caráter antecedente à luz da possibilidade de estabilização do processo a partir da concessão de tal medida. Evento este controverso em diversos pontos no ordenamento jurídico pátrio, mormente sobre o instrumento processual adequada e seus efeitos como coisa julgada material ou não.

Isso porque em que pese a existência de previsão expressa acerca do instrumento processual adequado para impedir a estabilização da decisão que concede a tutela provisória de urgência, a saber o agravo de instrumento previsto no art. 1015, I do CPC/15, tanto a doutrina como a jurisprudência discutem a ampliação dos instrumentos que o réu pode adotar, admitindo inclusive mecanismos como a contestação ou simples petição endereçada ao juízo.

Tendo esta problemática como base e verificando a pertinência temática da questão, buscou-se, a partir do presente trabalho, esclarecer alguns desses pontos controversos, demonstrando através da análise da visão doutrinária nacional e de alguns julgados ora colacionados, como resta disposto no decorrer da narrativa que se segue, qual é o entendimento atualmente consolidado e em qual direção ele (possivelmente) caminhará.

1. DA EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

Como já visto, a limitação do fenômeno da estabilização às tutelas provisórias de urgências requeridas em caráter antecedente não passa de uma opção legislativa. Assim, verifica-se ampla restrição à concessão antecedente de tutela antecipada, já que ainda que seja concedida a medida pleiteada em caráter incidental, diferentemente do que acontece na técnica antecipatória, o feito não será extinto, tampouco a tutela estabilizada em atenção ao que dispõe o art. 304 do CPC/15 (NEVES, 2019, p. 450).

A primeira divergência doutrinária que se aponta é sobre a assertiva acima. Embora não seja esse o foco deste presente trabalho, impende destacar que há quem defenda que inexistem motivos concretos que possam justificar o tratamento diferenciado dado às tutelas requeridas em caráter antecedente e às em caráter incidental, razão pela qual imperioso seria a aplicação do fenômeno da estabilização em ambas as hipóteses (NEVES, 2019, p. 450).

Se isso não fosse o bastante, outra divergência doutrinária que se verifica é a possibilidade (ou não) de estabilização da tutela antecipada concedida anteriormente ante a não interposição do recurso adequado, mas tão somente frente a alguma forma de manifestação de inconformismo do réu. Isto é, como o art. 304, *caput* do CPC determina que para que os efeitos da estabilização da tutela não sejam operados, é indispensável que o réu interponha agravo de instrumento, nos moldes do art. 1015, I do CPC, tal imposição e condicionamento legal vem sofrendo severas críticas tanto da doutrina como da jurisprudência.

Conforme enuncia Daniel Amorim (2019, p. 450) não existe lógica em o legislador impor ao réu que demonstre sua irresignação mediante, exclusivamente, a interposição de um recurso, já que poderia o dispositivo abranger qualquer espécie de resistência, inclusive aquela oferecida diretamente ao juízo que proferiu a referida decisão. Logo, entende o Autor (2019, p. 452) que “qualquer forma de inconformismo do réu, ainda que não seja voltado à impugnação [...] é o suficiente para se afastar a estabilização prevista”.

Nesse mesmo sentido, Fredie Didier (2016, p. 622) entende que ainda que o réu não interponha recurso adequado no prazo correto de 15 (quinze dias), poderá, a fim de evitar a estabilização da tutela deferida, adiantar a apresentação de sua defesa e impugnar os pontos referentes à concessão da tutela provisória de urgência em caráter antecedente, o que, por si, irá impedir que os efeitos da estabilização ocorram, já que não se pode negar ao réu a busca por uma decisão de mérito definitiva mediante uma prestação jurisdicional efetiva.

Destaca-se ainda a posição de Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 121/122) ao indicar que é papel da doutrina, *in casu*, diante da péssima atuação do legislador no tocante à temática de tutela provisória, elaborar mecanismos que diminuam os prejuízos e eventuais desastres causadas. Para o Autor, é preciso reafirmar que qualquer forma de reação pelo demandado que não só a interposição de agravo de instrumento, mas também uma impugnação, por exemplo, deve servir como sinal de inconformismo capaz inclusive de prosseguir com o feito para a efetiva análise do caso.

Grande parte da doutrina caminha nesse sentido, contudo, há doutrina que entende em sentido diverso. Alexandre Câmara (2016, p. 183) indica que a palavra “recurso” estampada no art. 304 do CPC/15 deve ser interpretada literalmente, principalmente diante do termo “interpor” utilizado no referido artigo

e da referência de recurso para impugnar decisão o que, para Autor indica um conceito restrito que não merece qualquer flexibilização.

Deve-se afirmar, em primeiro lugar, que a referência a “recurso”, no caput do art. 303 do Código de Processo Civil, pode ser compreendida de duas maneiras diferentes: como recurso stricto sensu (o que significaria, então, afirmar que só não haveria a estabilização da tutela antecipada se o réu interpusesse agravo contra a decisão concessiva da medida de urgência); ou, em um sentido mais amplo, como meio de impugnação (o que englobaria outros remédios sem natureza recursal, como a contestação).

Há quem defenda ainda que a utilização tão somente de agravo de instrumento para impedir o fenômeno da estabilização da tutela seria uma patente inconstitucionalidade do art. 304 do CPC/15, vez que o réu, assim como o autor, também detém o direito de buscar uma decisão justa e acertada ao conflito que se instaurou e depender de um recurso para que tal direito possa ser exercido é manifestamente indevido, afinal “recurso é ônus e não obrigação processual” (LAMY, 2018, p. 85).

Diante do exposto, o que se vê é que a lógica apresentada no art. 304 do CPC - que requer a interposição do agravo de instrumento para a não estabilização da tutela provisória de urgência - conspira contra um sistema jurisdicional célere e eficaz.

Ora, em um sistema abarrotado de processos judiciais pendentes de julgamentos é necessário que o réu interponha mais um recurso sobrecarregando o Poder Judiciário quando, na verdade, poderia ser insurgir por vários outros mecanismos como a própria contestação, ou impugnação ou até simples petição nos autos? O que, sem dúvida, iria diminuir os custos para seus jurisdicionados já que os réus não seriam mais “obrigados” as custas para discutir a decisão que concede a técnica antecipatória.

2. DA EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Verifica-se, então, que a própria doutrina nacional já apresenta divergência sobre qual o instrumento adotado pelo réu é capaz de impedir os efeitos da estabilização da tutela provisória de urgência. Diferente também não é o entendimento da jurisprudência pátria o qual pretende-se representar a partir dos três julgados colacionados a seguir.

A primeira decisão trata do Recurso Especial de nº.1760966 decidido pelo Superior Tribunal de Justiça e julgado especialmente pela Terceira Turma da C. Corte em que se discutiu a possibilidade (ou não) de estabilização da tutela provisória de urgência frente à manifestação antecipada do réu, pleiteando pela revogação da medida, em sede de contestação. Entenderam os Ministros que a

contestação foi suficiente para demonstrar a irresignação da parte ré com a concessão da tutela pretendida, razão pela qual não restariam motivos para se falar em estabilização da tutela provisória de urgência. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno. 2. O Código de Processo Civil de 2015 inovou na ordem jurídica ao trazer, além das hipóteses até então previstas no CPC/1973, a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. 2.1. Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito. Caso concedida a tutela, o autor será intimado para aditar a petição inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final. O réu, por sua vez, será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação, na forma prevista no art. 334 do CPC/2015. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 do referido diploma processual. 3. Uma das grandes novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no *référé* do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015. 3.1. Segundo os dispositivos legais correspondentes, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito. No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juí-

zo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim. 3.2. É de se observar, porém, que, embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso", a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. 4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença. 5. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 1760966 SP 2018/0145271-6, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 04/12/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/12/2018).

A controvérsia apresentada tem ampla ressonância também no âmbito dos tribunais de justiça estaduais. Na Ação Civil de nº 10372160023977001, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais restou consolidado o entendimento de que qualquer manifestação seria apta para afastar a incidência do instituto da estabilização das tutelas provisórias de urgências antecipadas requeridas em caráter antecedente. Portanto, a interpretação do art. 304 do Código de Processo Civil deve ser a mais ampla possível para a expressão "recurso". Caso contrário, o dispositivo deve ser considerado como inconstitucionalidade, tendo em vista que a figura da coisa julgada está vinculada constitucionalmente à cognição exauriente. *In verbis*:

PROCESSO CIVIL - TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE - ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA - RECURSO PROVIDO. - A ocorrência da estabilização da tutela faz com que a decisão que a concedeu passe a existir de forma autônoma e independente do processo, que será extinto sem sentença de cognição exauriente. - O fato de a parte autora ter apresentado uma fundamentação mais completa na petição inicial, não restrita somente ao pedido antecipatório, não é apto a fazer com que a tutela requerida passe a ser incidente e o feito tenha que ser processado diretamente pelo rito comum. - Os requisitos apontados no art. 303, caput do CPC/15 são o mínimo necessário para que a ação seja processada pelo rito da tutela de urgência em caráter antecedente, não haven-

do vedação legal ao seu aditamento na própria petição inicial. - Para a aplicação do art. 304 do CPC/2015, a expressão 'recurso' deve ser interpretada de maneira extensiva, de sorte a abranger toda e qualquer forma de impugnação, mormente nas causas que envolvam a Fazenda Pública, cujo interesse público é ínsito. - Interpretação diversa implicaria o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 304 do NCP, pois a figura da coisa julgada está vinculada constitucionalmente à cognição exauriente, o que inócorre na apreciação da tutela antecipatória. - Recurso ao qual se dá provimento. (TJ-MG - AC: 10372160023977001 MG, Relator: Lílian Maciel Santos (JD Convocada), Data de Julgamento: 09/03/2017, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/03/2017)

No caso do Agravo de Instrumento de nº 4014361-47.2019.8.24.0000 proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, pode ser observado que o entendimento na referida ementa firmado caminha no sentido de permitir que qualquer impugnação afaste os efeitos da estabilização da tutela provisória de urgência. Ou seja, o fundamento utilizado para tal posição seria que, caso esse não fosse o entendimento consolidado, o uso dos agravos de instrumento se tornaria banalizado, levando todos os tribunais de justiça a analisarem tal atividade, sobrecarregando excessivamente o Poder Judiciário, sem considerar o ajuizamento mais recorrente de ações autônomas para pleitear a cognição exauriente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. DECISÃO QUE REVOGOU A TUTELA ANTECIPADA ANTERIORMENTE CONCEDIDA. INSURGÊNCIA DO AUTOR. ALEGAÇÃO DE ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DE CARÁTER ANTECEDENTE. ARGUMENTO DE QUE NÃO HOUVE A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. DESCABIMENTO. RESISTÊNCIA AOS FATOS INAUGURAIIS E PLEITO DE REVOGAÇÃO DA TUTELA FORMULADOS EM PEÇA CONTESTATÓRIA. CLARA EXISTÊNCIA DE INCONFORMISMO DA PARTE ADVERSA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DO ART. 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO OU REVOGAÇÃO DURANTE O CURSO PROCESSUAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 296 DO DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL. AFASTAMENTO DA TESE. "Embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que 'a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso', a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma,

prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada" (REsp n. 1.760.966/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, julgado em 4-12-2018). ALMEJADA IMISSÃO NA POSSE DE IMÓVEL DO QUAL POSSUI A TITULARIDADE REGISTRAL. DESCABIMENTO. DEMANDADA QUE ADQUIRIU O BEM POR INTERMÉDIO DE CONTRATO PARTICULAR FIRMADO EM MOMENTO ANTERIOR À AQUISIÇÃO DO TERRENO PELO AUTOR. POSSE INJUSTA NÃO VERIFICADA EM COGNIÇÃO SUMÁRIA. DÚVIDAS QUANTO À ORIGEM E À NATUREZA DO PODER FÁTICO EXERCIDO QUE REVELAM A AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES INICIAIS. NECESSIDADE DA QUESTÃO RELACIONADA À QUALIDADE DA POSSE EXERCIDA SER APRECIADA DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. DECISÃO MANTIDA. "A injustiça da posse, para efeito de tutela reivindicatória com base no art. 1.228 do Código Civil não está condicionada aos pressupostos delineados no art. 1.200 do mesmo estatuto, que diz respeito à posse injusta aplicável aos interditos possessórios. Assim, desnecessária a prova de que a posse é clandestina, precária ou violenta. Basta a demonstração de que os demandados não detêm justo título. Na disputa entre a posse e a propriedade prevalece o direito do proprietário, a menos que se trate de posse ad usucapionem" (Agravo de Instrumento n. 4002026-64.2017.8.24.0000, de Abelardo Luz, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 29-8-2017). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-SC - AI: 40143614720198240000 São Joaquim 4014361-47.2019.8.24.0000, Relator: Carlos Roberto da Silva, Data de Julgamento: 01/08/2019, Sétima Câmara de Direito Civil)

Já existem números consideráveis de julgados que caminham neste sentido. Isto é, por mais que cada ementa apresente um argumento diferente, a fundamentação é basicamente a mesma: não se pode exigir do demandado que interponha tempestivamente o recurso adequado, sobrecarregando mais ainda o Judiciário que se encontra abarrotado de processos pendentes de julgamento, quando pode-se utilizar outra via de irrisignação. Logo, resta cristalino que a jurisprudência já admite a utilização de outras formas de inconformismos para evitar que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente possa se estabilizar.

3. DA APRESENTAÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Deve-se ter em mente que toda a teoria das tutelas provisórias aplicadas no Brasil, e conseqüentemente, o direito processual brasileiro como um conjunto estruturado de normas busca sua inspiração nos ordenamentos jurídicos europeus (THEODORO, 2018, p. 629/643). Assim, não é difícil perceber uma série de similares com fenômenos já existentes em outras codificações processuais

como na França e na Itália, já que como exposto, não se trata de um instituto exclusivamente brasileiro, sendo de fato recorrente em outros países do mundo ocidental com tradição jurídica romano-germânica (ALVIM, 2017, p. 461/463).

Nesse sentido, importante destacar a lógica trazida pelo Código de Processo Civil consoante se extrai das palavras de Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 705):

O novo Código trilhou a enriquecedora linha da evolução da tutela sumária, encontrada nos direitos italiano e francês: admitiu a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição plena ou o processo de mérito, ou seja, permitiu a chamada autonomização e estabilização da tutela sumária.

Logo, para que o presente estudo possa estar ainda mais enriquecido, é imperioso buscar compreender as fontes que permeiam todo o seu objeto. Para tanto, serão apresentadas a seguir uma série de considerações e nuances acerca das tutelas provisórias e do fenômeno da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente nos ordenamentos jurídicos francês e italiano, como passa-se a expor.

Até a 2ª metade do século XIX, a França era um dos países que não apresentava um substancial desenvolvimento da temática sobre cautelaridade. Foi só a partir da segunda metade do século, tendo em vista que a sociedade industrial veio a estimular o seu crescimento devido às crescentes demandas que apresentavam matérias que exigiam cada vez mais celeridade, que o ordenamento jurídico francês atentou-se à tal fenômeno. Isso porque recorrentemente era necessário que certos requisitos fossem observados no decorrer do processo civil, sob pena de tornar a referida demanda totalmente inútil e carente de sentido para a parte, o que, por si só, afastaria uma tutela jurisdicional efetiva e satisfativa às pretensões dispostas na lide. (ALVIM, 2017. p. 484)

Nesse cenário, o objeto principal deste presente estudo saltou aos olhos do direito francês e por lá ficou conhecido como “provision”, medida caracterizada como uma antecipação do que pode vir a ser decidido no tribunal, trata-se, na verdade, de um instrumento que permite a antecipação da decisão definitiva (ALVIM, 2017. p. 485) Ademais, o “provision” é obtido por meio dos procedimentos denominados “référé”, que seriam estratégias mais céleres para definir situações em sede provisória, mas que ainda comportam a possibilidade de modificação (previstos pelos art. 484 a 492 do Code de Procédure Civile Français).

Observa-se ainda que as possíveis espécies do instituto alienígena citado anteriormente estão no art. 484 a 489 do mesmo diploma legal (Code de Procédure Civile Français), os quais determinam ainda que o juiz que gerencia o procedimento do *référé* não é o mesmo que julga o mérito da causa em momento futuro. Nesses casos, devido à existência de juízos distintos para cada um, o *juge du référé*, ou seja, aquele que tem o primeiro contato com a matéria, pode de

pronto satisfazer toda a controvérsia em questão, sem que permaneça a necessidade de uma cognição exauriente, sem a discussão do plano de fundo (ALVIM, 2017. p. 201).

Contudo, não há qualquer impedimento legal que impeça o prosseguimento do feito para uma apreciação posterior de mérito pelo juízo competente, uma vez que não é formada a coisa julgada material (ALVIM, 2017. p. 488/489).

A interpelação para a revisão da matéria discutida em sede de “*référé*” pode ser suscitada a qualquer momento, tendo em vista que a legislação processual francesa não estipula qualquer prazo para tanto. Ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, tendo em vista que há a previsão do prazo de 2 anos no art. 304, § 5º do CPC/15 para que a tutela provisória estabilizada possa ser revista, reformada ou invalidada (ALVIM, 2017. p. 486/487).

Desse modo, conclui-se que a estabilização no direito francês é decorrente da mera inércia das partes envolvidas na lide, fato que diverge do direito brasileiro, já que no ordenamento pátrio tal efeito decorre não da inércia propriamente dita da parte, mas da ausência de interposição do recurso adequado tempestivamente. Do mesmo modo, no direito francês não há formação de coisa julgada material, instituto que, neste ponto, diferentemente da assertiva anterior se aproxima do ordenamento jurídico pátrio (ALVIM, 2017. p. 207).

Outrossim, no ordenamento jurídico da Itália, que apresentou mudanças mais significativas antes do que na França, por exemplo, é reconhecido que a previsão sobre o tema de acesso à justiça na constituição italiana estaria englobando inclusive a adoção das medidas cautelares, mesmo que não expressamente (MARINONI, 2017. p. 17/19).

Assim, o instituto das tutelas antecipatórias, como chamadas no direito italiano, teriam seus primeiros aparecimentos em medidas cautelares inominadas, antes da criação por institutos expressos criados pelo processo legislativo (conforme o art. 700 do CPC italiano). De modo inverso foi o processo legislativo do direito brasileiro. Buscou-se, primeiramente, positivar a criação dos institutos antecipatórios, garantindo assim, uma construção mais segura das suas disposições e procedimentos (MARINONI, 2017. p. 29/32).

Contudo, tal situação também pode ser observada em pontos específicos do ordenamento jurídico e técnicas processuais brasileiras, como ensina o professor Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 29):

Como está claro, a doutrina italiana reconheceu que a técnica cautelar passou a ser utilizada de modo distorcido em razão das necessidades concretas que irradiaram das novas situações de direito substancial. No Brasil, a ação cautelar inominada também foi utilizada para dar tutela aos direitos da personalidade, acabando por assumir a configuração de ação autônoma e satisfativa. Assim, por exemplo, foi usada para impedir violação do direi-

to à honra e do direito à imagem. Nestes casos, como se desejava apenas impedir a violação, e não qualquer outra espécie de tutela – como a ressarcitória –, o procedimento cautelar era suficiente para prestar a única tutela desejada pelo autor ou para satisfazer sua pretensão à tutela jurisdicional do direito. Note-se que a tutela em questão era satisfativa sumária. A tutela, por impedir a violação, satisfazia a necessidade de tutela jurisdicional, uma vez que o autor não queria nada além de inibição da prática do ilícito.

Foi apenas a partir da 2ª metade do século XIX que observou-se um aumento das medidas cautelares devido à criação de um poder cautelar geral, o qual foi pautado nos elementos base do *fumus boni juris* e *periculum in mora*, ligados à noção das inibitórias. Tal dinâmica estaria pautada em um poder decisório concentrado nas mãos do juiz de instrução, que teria plenos poderes para providenciar as tutelas provisórias para os casos em questão, ainda que não tipificados na legislação processual italiana. Tal posicionamento é acolhido pelos arts. 186-bis e 186-ter do CPC italiano (ALVIM, 2017, p. 465).

Sobre o tema, vale destacar os ensinamentos de Luiz Guilherme Mariconi (2017, p. 126) sobre o conteúdo do Código de Processo Civil Italiano:

O art. 186-bis do Código de Processo Civil italiano reproduz situação similar ao afirmar que a tutela antecipada de soma não contestada “conserva a sua eficácia in caso di estinzione del processo”. 248 O art. 186-bis, ao passar a admitir a tutela antecipada de soma não contestada em qualquer situação de direito substancial, avançou em relação ao art. 423, 249 que admitia a tutela de soma não contestada no âmbito do processo do trabalho, pois ao contrário do último expressamente afirmou que a tutela mantém eficácia depois da extinção do processo.

Evidente que diante de tamanha inovação, não poderia ser outra realidade senão o surgimento de severas críticas a tal procedimento. Isso porque a principal argumentação se pautava no fato de a antecipação da tutela estar incorporando uma própria decisão definitiva, como se pode extrair, inclusive, do art. 186-*quater* que atesta que a decisão final poderá confirmar o que foi decidido na tutela provisória, na qual o magistrado realizará o equilíbrio e preservação do *status quo* (ALVIM, 2017. p. 468).

Toda a base para a oposição do referido “poder cautelar geral” do juiz de instrução está concentrada no argumento de que tal mecanismo processual seria uma plena afronta à tripartição de poderes. Isso porque, no caso em questão estaria sendo conferidos poderes ao Estado-juiz interferir na vida privada sem qualquer previsão legal que gere a previsão da hipótese de atuação do destor. Fato que vai de encontro à teoria que preza estrita separação de poderes muito presente no direito europeu continental (ALVIM, 2017, p. 469).

Sem prejuízo disso, destaca-se que a estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente no direito italiano inicia-se com a previsão do fenômeno no Decreto Legislativo de nº 05/2003, dedicado às causas de natureza comercial

e societária, expandido posteriormente pela Lei de nº 80/2005. Das previsões sobre o instituto contidas na legislação processual civil italiana, ressalta-se o art. 669-octies, 6, que aduz que as tutelas de urgência dotadas de caráter antecipatório não possuem qualquer vinculação densa com uma eventual proposição de uma ação principal (MARINONI, 2017, p. 126).

Todavia, importante frisar que um eventual provimento decorrente da concessão da medida provisória não resta inatingível por efeitos de um processo diverso, como disposto no art. 669-octies, 9 do CPC italiano. Fato que torna o instituto dos provimentos provisórios italianos sejam passíveis de mutação (não fazem coisa julgada material) mesmo que tenham efeitos temporais não determinados, assim como os já mencionados “*référés*” do ordenamento jurídico francês (MARINONI, 2017, p. 126).

Nesse caso, após a determinação da decisão antecipada, antes do julgamento do mérito propriamente dito, fica fixado prazo ao autor de até 60 dias para propor a ação “principal”, sob pena de ver cessada a eficácia do provimento sumário.

Portanto, a partir da breve incursão nas origens dos provimentos provisórios do direito italiano e francês, possível constatar que tal como no direito brasileiro, a tutela provisória detém a possibilidade de estabilizar-se, mas não pode ser considerada imutável, sendo dispostas faculdades às partes para discutir a matéria no decorrer do trâmite processual.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, não restam dúvidas que discutir a possibilidade de outros mecanismos de irresignação do demandado para impedir a estabilização da tutela provisória de urgência que são só o recurso de agravo de instrumento é um tema que merece destaque e atenção.

Ora, a própria doutrina, representada neste trabalho a partir da visão de vários estudiosos aqui elencados, já demonstra um entendimento quase que uniforme no sentido de que não se pode requerer do demandado que manifeste seu inconformismo através, unicamente, da interposição do recurso adequado.

Na mesma lógica, também se destaca a jurisprudência firmada nos Tribunais de Justiça dos Estados, a qual pode ser exemplificada com as ementas do TJMG e TJSC aqui colacionadas, bem como no próprio Superior Tribunal de Justiça que em decisão recente, já demonstrou caminhar para um entendimento flexibilização da norma esculpida no caput do art. 303 do Código de Processo Civil.

Portanto, a partir do que fora desenvolvido, evidente a pertinência temática do presente estudo, afinal é indispensável que os jurisdicionais estejam cientes das ferramentas processuais que estão ou em breve estarão a seu alcance.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela Provisória*. 59ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11ª Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2018.

LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 11ª Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 59ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: Desafios e oportunidades

Alexander Seixas da Costa

*Universidade Federal Fluminense, Professor Assistente de Direito Civil da UFF e da Faculdade Cenecista de Rio das Ostras, Niterói, Brasil,
alexandermp@yahoo.com.br*

Jerônimo Santos Lima

*Universidade Federal Fluminense, Advogado e Coordenador do Laboratório de Inovação da Prefeitura de Macaé, Brasil,
jeronimosantos@macae.rj.gov.br*

RESUMO

A administração pública brasileira é uma das maiores litigantes do país. Além disso, apresenta-se morosa e autorreferida - salvo algumas experiências exitosas. A consequência disso é uma valorização da lide em detrimento da negociação e da conciliação entre os jurisdicionados e a gestão pública. Tal evidência acarreta uma fragilização do princípio republicano e deixa em segundo plano o exercício prático da cidadania. Por tal razão, exsurge um movimento que se tem denominado administração pública consensual ou dialógica, em que valoriza a argumentação, a conversão, a mediação e conciliação entre as partes. Nesta perspectiva, há uma mitigação de princípios como o da supremacia do interesse público sobre o privado. Com a evolução normativa que passou a fomentar práticas adequadas de resolução de conflitos para a administração pública e, juntamente a isso, com a facilitação e o barateamento dos recursos tecnológicos, tornou-se possível e essencial o debate sobre a aplicação de tecnologias para facilitação do diálogo público. Nesse contexto, o presente artigo apresenta as oportunidades e os desafios da aplicação da denominada *Online Dispute Resolution -ODR* (resolução de conflitos em rede), na realidade da gestão pública e tece considerações, por meio de pesquisa bibliográfica e qualitativa, sobre a evolução desse importante debate.

Palavras-chave: administração pública dialógica. negociação online. cidadania.

INTRODUÇÃO

O alto grau de litigiosidade e a morosidade no atendimento às necessidades do cidadão geram um extremo dano reputacional à imagem da administra-

ção pública brasileira. O cidadão, em regra, encontra-se insatisfeito com a incapacidade da administração pública de resolver problemas públicos complexos.

Por tal razão, é preciso encontrar caminhos para resolver esse problema de diálogo com pacificação e com resultado prático satisfatório, de modo a garantir que não somente a lide ser resolvida com sucesso, mas que as partes sintam que a solução foi encontrada por meio de um diálogo bem construído.

A fundamentação teórica para essa mudança de rumo está no que se tem denominado administração pública dialógica ou consensual, que muda o foco da supremacia do interesse público, aplicada aprioristicamente, para se pensar no diálogo como um primeiro passo para resolver os problemas públicos.

Sob a premissa desse entendimento, a gestão pública somente deve utilizar a sua supremacia e exorbitância em casos excepcionais e estritamente necessários e desde que a mediação e a conciliação tornem-se tentativas fracassadas.

Com o objetivo de alcançar tal objetivo, alguns estudiosos têm se utilizado da tecnologia para que esse consenso seja também incentivado e realizado no ciberespaço.

Nesse fio condutor, objetiva-se com o presente artigo apresentar as oportunidades e os desafios da aplicabilidade das denominadas *Online Dispute Resolution - ODR* (resolução de conflitos *online*) na administração pública. Especificamente, objetiva-se comentar alguns casos práticos, com o objetivo de perceber o potencial da ODR na gestão pública.

A hipótese do presente estudo é que a aplicação da ODR pela gestão pública brasileira é vantajosa no sentido de criar mais um canal de interação e de facilitação entre o público e o cidadão.

Metodologicamente, o presente trabalho baseou-se em pesquisa bibliográfica e qualitativa, a partir da leitura crítica de textos acadêmicos.

1. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PATRIMONIALISTA À SOCIETAL

O serviço público brasileiro, para o Conselho Nacional de Justiça (2011), encontra-se entre os cinco maiores litigantes do país. Conforme o Instituto Ipsos (2017), o Brasil é o segundo país mais insatisfeito com serviço público no mundo.

Estudiosos argumentam que é preciso repensar o método contencioso-dialético presente na administração pública, a fim de substituí-lo pela cultura do diálogo, em obediência à democracia representativa. (SALVO, 2019, p. 24)

Tal problema somente pode ser resolvido se entendermos o processo histórico de evolução da administração pública brasileira, que se perfaz desde a

administração pública patrimonialista, perpassando pela burocrática, gerencialista e, para alguns estudiosos, a societal.

No que tange especificamente à administração pública patrimonialista, há uma ausência de segregação entre o que se considera público e privado. Segundo Bresser-Pereira (2011), patrimonialismo significa "a incapacidade ou a relutância de o príncipe distinguir entre o patrimônio público e seus bens privados". É justamente no patrimonialismo que práticas nepotistas e clientelistas surgem.

No que tange à burocracia, essa expressa uma forma de dominação baseada na lei, na impessoalidade de na racionalidade das relações. Essa forma de dominação, sob a ótica da administração pública, busca separar a figura do político e do administrador. (MINOGUE; POLIDANO; HULME, 1998). De certa forma, a burocracia é empregada para corrigir os desvios patrimonialistas.

As disfunções burocráticas, como a morosidade na entrega dos serviços públicos, o foco na atividade-meio, o papelório, a rigidez e a hierarquia excessivamente verticalizada, fizeram com que a tentativa de implementação da burocracia weberiana não mais atendessem também dificultaram o bom relacionamento entre os cidadãos e a gestão pública.

Por isso, perspectiva como a da Nova Gestão Pública trouxe para o âmbito da gestão pública alternativas para que se pudesse dar conta das exigências colocadas pela nova ordem mundial, introduzindo, desta forma, a cultura e a técnicas gerenciais mais modernas e advindas do setor privado, que focava na gestão de resultados econômicos.

Segundo Gerald Caiden (1991), "o governo não pode ser uma empresa, mas pode se tornar mais empresarial, o que expressa a introdução de técnicas de gestão empresarial no âmbito da gestão pública".

Finalmente, a visão de administração pública societal, que tenta ir além da gerencialista, fundamentou-se na administração do desenvolvimento preconizada por Guerreiro Ramos, que objetiva ressaltar o caráter além do econômico para as questões de gestão pública. Desta forma, para Guerreiro Ramos (1981) "o econômico, embora seja importante, não pode ser visto como único, mas tão somente como mais um ponto de análise social."

Com essa sucinta digressão é possível perceber que a gestão pública brasileira pode ser analisada sob vários contextos e entendimentos. Para o presente artigo, da mesma forma que as disfunções burocráticas trouxeram problemas, uma visão pautada somente na gestão de resultados também não é benéfica para o cidadão, que precisa ser valorizado em sua dimensão social. Desse modo, essas visões devem ser sopesadas sob pena de se evidenciar as mesmas lides somente transvertidas com novas roupagens.

Entende-se, por isso, que o diálogo deve ser realizado com criticidade, de sorte a perceber que esse processo de evolução histórica é tortuoso, complexo, confuso e desafiador. É justamente nesse contexto que se valorizam os meios adequados de solução de conflitos e o uso da tecnologia para a sua disseminação, haja vista se perceber que a resolução dessas lides é uma questão de cidadania, fundamentada pela dita administração pública societal.

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA E CONSENSUAL

Sundfeld (2014) explicita como se tem entendido o direito administrativo na academia, na administração pública e nos tribunais. Para ele, os especialistas “procuram ver o direito sobretudo como instrumento da luta do fraco (os privados) contra o forte (a Administração), do choque dos direitos com poder, da dignidade contra a opressão. Salvo (2018), em complemento, explicita que

o relacionamento entre os cidadãos e autoridades administrativas, sob uma perspectiva tradicional, é visto *de iure* como assimétrico, autoritário e hierárquico. Essa visão parece avessa à ideia de processo de negociação facilitada para a resolução de disputas administrativas. (SÁVIO, 2018, p. 54)

Nessa senda, pesquisas sobre direito administrativo consensual ou sobre a consensualidade na administração pública, que tentam implementar relações horizontalizadas, equânimes, negociais e articuladas, têm crescido no país, de forma a tentar fazer com que a administração pública deixe de ser autorreferida para ser realmente pública e policêntrica.

Exemplo dessa questão são as construções teóricas de novos instrumentos jurídicos consensuais, como os convênios, consórcios, parcerias, acordos, dentre outros, em detrimento dos contratos administrativos pautados em cláusulas exorbitantes e poder extroverso do Estado.

Não se quer dizer, entretanto, que o poder de império estatal não seja essencial na administração pública, uma vez que este deve ser utilizado a depender das relações existentes.

O que se pensa é que existem redes formadas com vieses distintos que, por vezes, deterioram-se justamente pela existência dessa supremacia do público, dessa exorbitância de poderes, quando na verdade mais sadio e eficiente seria a manutenção de relacionamentos pautados no diálogo, na cooperação e na negociação entre as partes. De acordo com Salvo (2018)

A adoção da mediação pela Administração Pública para resolução de seus conflitos revela um importante passo para a efetivação do consensualismo na atividade administrativa. A resolução de conflitos da Administração Pública por meio da mediação indica cumprimento da eficiência administrativa por meio de uma resolução de disputa versátil e menos onerosa, ao passo que contribui para a legitimação das decisões do conflito, ao viabili-

zar maior participação colaborativa dos *players* na chegada a um acordo. (SÁVIO, 2018, , p 59)

O grande desafio, desta forma, é pensar como o direito administrativo e a administração pública podem servir de instrumento importante para a consolidação de uma gestão pública que, mais do que eficiente, seja também democrática. É nessa premissa que se percebe a *Online Dispute Resolution* - ODR como um ferramental útil na consolidação da administração pública dialógica, substrato de uma administração pública societal.

3. OS INCENTIVOS NORMATIVOS PARA A MEDIAÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA

A Constituição Cidadã de 1988 fundamenta que a cidadania é fundamento da República, que a duração razoável do processo e a que garantia de ampla defesa são direitos fundamentais da pessoa humana, como também que o princípio da eficiência deve ser obedecido pela administração pública.

Tais princípios coadunam com os métodos adequados de resolução de conflitos, na medida em que esses tendem a ser mais republicanos, menos traumáticos e garantem uma relação processual menos belicosa.

Salvo (2018), aduz que " a participação da sociedade civil revela-se importante para a consecução do interesse público; a noção de que o cidadão é mero receptor da ação administrativa torna-se ultrapassada."

Em relação à normatização, a Lei nº 13.140/15, que dispõe sobre a auto-composição de conflitos na administração pública, incentiva e cria mecanismos jurídicos de mediação, como são as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos e a transação por adesão. É o que reforça também o art. 174, do Código de Processo Civil Brasileiro.

É relevante mencionar que o art. 46, da Lei nº 13.140/15 é explícito no sentido de que "a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à (sic) distância, desde que as partes estejam de acordo".

Esse comando explícito da lei permite a aplicação da ODR nas práticas de administração pública brasileira e dá segurança jurídica para que os gestores públicos e os órgãos de controle percebam a prática como estritamente legal.

Também a Lei nº 13.129/15, que alterou a Lei nº 9.307/96, deu possibilidade de administração pública utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Ademais, o art. 26, da Lei nº 13.655/18, que alterou o Código de Introdução do Direito Brasileiro, previu que, para eliminar irregularidade, incerteza

jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, a administração pública pode celebrar compromisso com o particular.

Em adição, a Lei nº 13.460/15, denominada de Código dos Usuários de Serviço Público, que dispôs sobre a possibilidade de as ouvidorias promoverem a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública.

Ademais, também a Lei nº 8.987/95, que trata do regime de concessões e permissões públicas, prevê expressamente a possibilidade de cláusulas contratuais estipularem o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato.

Pode-se citar, em complemento, a Lei nº 9.472/97, que diz respeito à organização dos serviços de telecomunicações, a qual dispõe ser possível, em seus contratos de concessão, a existência de cláusula contratual que trate da solução extrajudicial de divergência.

Portanto, é possível perceber a existência de uma série de leis e entendimentos favoráveis às práticas adequadas de resolução de conflitos, de modo que o gestor público pode por elas fundamentar a sua decisão quando da aplicação de práticas extrajudiciais de solução de controvérsias, inclusive com a utilização da tecnologia em sua execução.

4. OS DESAFIOS E AS OPORTUNIDADES NA APLICAÇÃO DA ODR NA GESTÃO PÚBLICA

Amorim e Rodrigues (2019), aduzem que a *Online Dispute Resolution* "pode ser compreendida como o uso da tecnologia para apoiar a resolução de conflitos em ambiente virtual." Desta forma, a ODR seria uma resolução alternativa de conflitos realizada em rede virtual de computadores. (apud KATSH e RABINOVICH-EINY, 2015, p.1)

Em adição, Porto, Nogueira e Quirino (2017) estipulam que a ODR é utilizada para "aperfeiçoar os instrumentos tradicionais e criar novos mecanismos para compor disputas entre as partes. As possibilidades de utilização dos instrumentos de ODR são múltiplos (...)"

No escólio de Lima e Feitosa (2016) "o chamado *Online Dispute Resolution* ou, em português, Resolução de Conflitos em Rede, configura uma forma de solução de conflitos que ocorre total ou parcialmente no ciberespaço." (apud GOODMAN, 2003; KATSH, 2001, RULE, 2002, p. 5). Numa outra visão, Amorim (2017) aduz que

os sistemas informatizados e as plataformas de transmissão e recepção de dados constituem um terceiro interveniente no processo de conciliação, ou até mesmo podem constituir um quarto sujeito, nos casos de mediação e arbitragem online.(AMORIM, 2017, 515).

Para o presente estudo, elencou-se os desafios e as oportunidades da ODR na gestão pública tomando como fundamento nos estudos pioneiro de Amorim e Rodrigues (2019), acrescentando-se observações.

Para tais autores, um desafio relevante para a implementação da ODR na administração pública seria "a falta de confiança dos procedimentos *online*." (AMORIM; RODRIGUES, 2019, p. 176). Essa desconfiança pelas partes gera uma série de consequências. Por exemplo: se o gestor público não tiver confiança da legalidade do uso da ODR para resolução de problemas públicos e, por decorrência, ter receio de ser penalizado pelos órgãos de controle, não tomará esse recurso para si como um valor público.

Os autores também trataram de desafios genéricos para a utilização de ODR que podem também ser analisados sob a ótica da gestão pública. Eles citam o "desafio cultural", que corresponde à característica latina de priorizar relacionamentos pessoais em vez de tratamentos impessoais (AMORIM; RODRIGUES, 2019, p. 177).

Apesar de essa assertiva ser correta, tem-se que, na gestão pública, o princípio da impessoalidade deve ocorrer sempre, por força do art. 37, *caput*, da CRFB/1988. Inobstante, um desafio semelhante a esse pode ocorrer: a desconfiança de se utilizar um método *online* de resolução de conflitos como forma de manipulação ou meio de prova contrário aos interesses das partes, primordialmente quando a transparência concedida pelos recursos tecnológicos impedem eventuais condutas ilegais e antiéticas.

Ato contínuo, os autores citam o "desafio tecnológico" como um desafio genérico na aplicação da ODR. (AMORIM; RODRIGUES, 2019, p. 178). A partir da premissa expedida pelos autores, pode-se analisar a dificuldade, por exemplo, que alguns municípios de pequeno porte e do interior do país teriam ao tentar implementar práticas de resolução de conflitos em rede e do déficit informacional que normalmente a população da base da pirâmide possui para ter acesso à internet e computadores, o que pode gerar uma política pública discriminatória.

Em adição, citam Amorim e Rodrigues (2019) que o "desafio da regulamentação está relacionado à construção da confiança na ODR, que dependeria de uma estrutura normativa coerente." Sob a ótica da gestão pública, a criação de lei e atos normativos robustos e transparentes seria um desafio, na medida em que problemas como aprovação da lei, consultas públicas e debates políticos levam tempo para se concretizar. (AMORIM; RODRIGUES, 2019, p. 178).

Contudo, no que tange às oportunidades, os autores destacam a adaptabilidade ao contexto local, a eficiência e a capacidade de contribuir para o desenvolvimento dos países emergentes são os pontos fortes da ODR. (AMORIM; RODRIGUES, 2019, p. 178 *apud* ALBORNOZ; MARTIN, 2013, p. 49).

O mesmo posicionamento é apresentado por Porto, Nogueira e Quirino (2017), quando aduzem que "há diferença entre mecanismos tradicionais e online: a ideia de resolução do conflito por um terceiro neutro, que torna o processo mais oneroso."

A ODR também traz as vantagens adicionais de economia de erário, tempo para as partes e possibilita a comunicação assíncrona, favorecendo o acordo (LIMA; FEITOSA, 2016, p. 61-65).

A economia de erário pode ser verificada quando se cria uma câmara de conciliação pública *online*, por exemplo. Entende-se juridicamente viável essa criação, conforme art. 174, do CPC c/c o art. 46, da Lei nº 13.140/15. Por vezes, a criação de uma câmara de conciliação presencial em pequenos municípios representa a remoção de servidores públicos alocados em outros setores ou a criação de vagas com realização de concurso público. Isso pode gerar uma morosidade e custos extremos na aplicação dessa política pública.

A ODR também concede valor aos cidadãos, na medida em que estes não precisarão mais se deslocar para realizar a audiência de mediação ou conciliação presencial. Imagina-se o caso de cidadãos de diferentes cidades. Atrasos na chegada à audiência e custos de deslocamento seriam evitados. A ODR, nesse sentido, eleva a imagem reputacional da administração pública.

A comunicação assíncrona também é vista como oportunidade na aplicação da ODR e possibilita, de acordo com Lima e Feitosa (2016), "que ambas as partes pensem de forma mais cuidadosa o texto que enviarão para o interlocutor, buscando racionalizar mais a mensagem"

A partir dessa elucidação, pode-se perceber que a ODR apresenta oportunidades e desafios que devem ser sopesados quando da aplicação em cada caso concreto.

Existem algumas casos paradigmáticos de ODR na gestão pública brasileira, como o da plataforma *online* Consumidor.gov. Em pesquisa realizada em seu *site*, constam 2.114.227 reclamações finalizadas, 1.563.294 de usuários cadastrados e 571 empresas parceiras.

Outro exemplo interessante é expresso pelo aplicativo Fiscaliza VR, que trata da zeladoria urbana na Prefeitura Municipal de Volta Redonda, no estado do Rio de Janeiro, que, em sete meses de operação, apresentou 20.578 solicitações com 66,87% atendidas.

Vale mencionar, ademais, o e-SIC (Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão), que, segundo da Controladoria Geral da União (2019), "permite que qualquer pessoa, física ou jurídica, encaminhe pedidos de acesso à informação, acompanhe o prazo e receba a resposta da solicitação realizada para órgãos e entidades."

Esses exemplos evidenciam que políticas públicas têm sido criadas para incentivar a aplicação da ODR na gestão pública brasileira.

CONCLUSÃO

A administração pública brasileira ainda não conseguiu solucionar relevantes problemas públicos e não tem, em regra, um bom relacionamento com o cidadão quando da prestação de serviços para a coletividade.

Essa relação litigiosa somente pode ser mitigada com práticas adequadas de resolução de conflitos. A tecnologia pode ser um indutora e facilitadora dessa prática, por meio de denominada *Online Dispute Resolution* - ODR.

Evidenciou-se que as normas nacionais incentivam a prática de mediação de conflitos na administração pública, inclusive com permissivo legal específico para a sua utilização *online*, o que dá segurança jurídica para a sua utilização.

Pelo estudo proposto, pode-se perceber que a ODR apresenta oportunidades de redução de erário e de tempo para as partes e de comunicação assíncrona. Ela também apresenta desafios tecnológicos, regulatórios, culturais e de geração de confiança entre as partes.

Alguns casos práticos como o do sítio Cosumidor.Gov, da Prefeitura de Volta Redonda e o do e-SIC do governo federal são exemplos que comprovam bons resultados da ODR na gestão pública brasileira, ainda que com uma metodologia simples de ODR.

Portanto, a hipótese do estudo foi comprovada em parte, uma vez que, embora existam oportunidade, há desafios que devem ser superados. Contudo, ainda assim, é possível comprovar que a prática da ODR na gestão pública pode aproximar as organizações públicas e os cidadãos, fomentar práticas cidadãs e mitigar a litigância entre as partes, de modo a criar uma verdadeira administração pública consensual.

REFERÊNCIAS

A VOZ DA CIDADE. *Mais de 20 mil solicitações em sete meses de implantação do Fiscaliza VR*. Disponível em: <<https://avozdacidade.com/wp/mais-de-20-mil-solicitacoes-em-sete-meses-de-implantacao-do-fiscaliza-vr/#prettyPhoto>> Acesso em: 14 set. 2019, 14:40:00

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019, 15:40:00

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*, Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 ago. 2019, 11:00:00

BRASIL. *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e dá outras providências Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm> Acesso em: 05 maio 2019, 15:20:00

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. *Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e dá outras providências*. Disponível em: Acesso em: abr. 2019, 20:50:00

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2017*. *Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 02 mar. 2019, 13:20:00

BRASIL. *Lei nº 13.655, de 35 de abril de 2018*. *Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm> Acesso em: 23 ago. 2019, 09:30:00

BRASIL. Lei nº 8.982, de 14 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regimento de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-8987-13-fevereiro-1995-349810-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 06 jun. 2019, 11:00:00

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> Acesso em: 10 jul. 2019, 18:40:00

BRASIL. Lei nº 9.472, de julho de 1997. Dispõe sobre a organização de serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm> Acesso em: 10 fev. 2019, 17:50:00

CAIDEN, Gerald E. *What really is public maladministration?*. Indian Journal of Public Administration, v. 37, n. 1, p. 1-16, 1991. Disponível em: <<http://newdoc.nccu.edu.tw/teasylabus/110041265941/Caiden%20Bureaupathology.pdf>> Acesso em: 10 jul. 2019, 13:30:00

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Os 100 maiores litigantes*. Brasília. Março, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 20/06/2019>. Acesso em: 13 jun. 2019, 19:37:00.

CONSUMIDOR.GOV. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/infografico/abrir> Acesso em: 24 jun. 2019, 19:20:00

DE AMORIM, Fernando Sérgio Tenório; RODRIGUES, Ricardo Schneider. *A resolução online de litígios (ODR) na administração pública: o uso da tecnologia como estímulo à transparência*. Rio de Janeiro. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 54, 2019.

E-SIC. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão, 2019. Disponível em: < <https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>> Acesso em: 24 ago.2019.

GUERREIRO RAMOS, Alberto. *A nova ciência das organizações: uma reconceituação da riqueza das nações*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1989.

IPSOS. *O Brasil é o segundo país mais insatisfeito com serviço público*. São Paulo Disponível em: <<https://www.ipsos.com/pt-br/global-trends-brasil-e-o-segundo-pais-mais-insatisfeito-com-servico-publico>> Acesso em: 13 jun. 2019, 19:45:00

JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros. *Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais*. São Paulo. Disponível em:<<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/131126/130583>>. Acesso em: 15 jun 2019, 20:20:00

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. *Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias*. Rio Grande do Sul. Disponível em:<<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360>>. Acesso em: 27 jun. 2019, 13:10:00

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. *Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias*. Revista do Direito, v. 3, n. 50, p. 53-70, 2016. Disponível em: < <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360>> Acesso em: 15 ago. 2019, 21:40:00

MELLO, João Augusto dos Anjos Bandeira de; FONSÊCA, Rafael Souza. *O Mecanismo Da Autocomposição Como Alternativa Para Solução De Controvérsias Na Seara Administrativa*. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, Sergipe v. 2, n. 1, 2016.. em: Disponível em:

<https://pdfs.semanticscholar.org/cdad/feb5d1207585cc3834f260dbf85ae5702063.pdf> Acesso em: 13 jun. 2019, 22:30:00

MINOUGE, M.; POLIDANO, C.; HULME, D. *Beyond the New Public Management: Changing Ideas and Practice in Governance*. Cheltenham, Mass.: Edward Elgar, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Lua Nova, v. 45, p. 49-96, 2011. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/A_reforma_do_Estado_dos_anos_90.pdf> Acesso em: abr. 2019, 19:40:00

PORTO, Antônio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; DE CASTRO QUIRINO, Carina. *Resolução de conflitos on-line no brasil: um mecanismo em construção*. Revista de Direito do Consumidor. Ano, v. 26, 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/36014549/_2018_Resolu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_on_line_no_Brasil_um_mecanismo_em_constru%C3%A7%C3%A3o_Revista_de_Direito_do_Consumidor> Acesso em: 20 mar. 2019, 15:20:00

SALVO. Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom di. *Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental*. 1ª ed., São Paulo: Almedina, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014

PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM PERSPECTIVA EMPÍRICA PARA A VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Marcia Elaine Dias Pinheiro de Azevedo

*Mestranda em Direito, PPGD/UCP, Advogada
melaine_adv@hotmail.com*

Klever Paulo Leal Filpo

*Doutor em Direito. Professor do PPGD/UCP e do ITR/UFRRJ
klever.filpo@yahoo.com.br*

RESUMO

Trata-se de pesquisa empírica qualitativa em andamento, incluindo observações, estudo de casos e entrevistas realizadas no fórum Regional de Colubandé, em São Gonçalo, RJ, mais especificamente nas Varas de Violência Doméstica, onde são levadas a efeito práticas de Justiça Restaurativa, incluindo casos de violência doméstica. Possui o chamado "Grupo Reflexivo dos Homens Agressores" para casos de violência doméstica, programa desenvolvido em algumas Comarcas pelo TJERJ. É uma questão interessante, que merece maiores reflexões tanto no plano teórico como prático. visto que vem somando e não o substituindo, proporcionando acesso à justiça, estabelecendo um condição relevante na construção da cidadania, da inclusão social e da resolução dos conflitos, dando espaço para uma revalorização da vítima e para a correção do ofensor.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; Administração de Conflitos; Violência Doméstica

INTRODUÇÃO

Trata-se de pesquisa¹ empírica qualitativa em andamento, incluindo observações, estudo de casos e entrevistas realizadas no fórum Regional de Colubandé, Comarca de São Gonçalo, RJ, especificamente na Varas de Violência

¹ O projeto de pesquisa foi contemplado com bolsas de iniciação científica custeada pela FAPERJ, tendo como proposta observar, compreender e descrever a utilização de práticas restaurativas em causas criminais, que têm lugar nesses juízos, por meio do emprego da mediação e do chamado "Grupo Reflexivo dos Homens Agressores" para casos de violência doméstica.

contra a Mulher, onde são levados os efeitos da prática da Justiça Restaurativa. Estas são operadas pelos servidores que atuam no CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania) unidade do Poder Judiciário responsável pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão, com amparo na Resolução 125 do CNJ².

Tais iniciativas parecem interessantes e chamam a atenção por representarem forma diferenciada de tratar a prática delituosa, sobretudo no tocante a casos de violência doméstica. O modelo imposto pelo Estado para combater esse tipo de violência privilegia um modelo retributivo. Nessa ótica, o crime é uma agressão ao Estado. Ocorrendo a desobediência à lei, a justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado (ZEHR, 2008, p. 176).

Já as práticas consideradas neste trabalho pretendem promover uma restauração das relações sociais rompidas ou estremecidas em função da prática delituosa, representando uma mudança de paradigma, apta a provocar uma série de conseqüências como, por exemplo, a redescoberta do papel da vítima da administração do conflito de natureza penal.

Apesar de representar uma mudança de perspectiva na forma do Estado responder a certos delitos, que vem contando com a adesão de muitos entusiastas, a inovação suscita curiosidade e estranhamentos. Comporta fazeres e saberes com os quais os operadores do direito não estão familiarizados. Envolve formas diferentes de tratar os conflitos, afastadas do processo penal convencional. E também pode significar forma mais branda de responder aos casos de violência contra a mulher, o que é extremamente polêmico, já que a legislação em vigor procura tratar com rigor os agressores.

1. A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA

A justiça restaurativa é um conjunto de práticas em busca de uma teoria (SICA, 2007). Sob a denominação de justiça restaurativa encaixa-se a proposta de promover entre os protagonistas do conflito traduzido em um tipo penal, iniciativas de solidariedade, de diálogo, de entendimento, programas de reconciliação, dentre outros, na expectativa de restaurar as relações sociais rompidas pela ocorrência criminosa (SICA, 2007, p. 10).

O nosso ordenamento jurídico penal vem trilhando, de há muito, o caminho da Justiça Retributiva. Seu fundamental objetivo é a pacificação da so-

² Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29/11/2010, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências

cidade por intermédio da punição. Segundo Howard Zehr³, em uma perspectiva retributiva “o crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas” (ZEHR, 2008, p.170).

Nessa forma de agir, a vítima é afastada do processo, na medida em que os esforços a serem desenvolvidos caracterizam-se pela atuação estatal direcionada ao culpado, de modo a sancioná-lo nos termos da lei. Por isso, ocorre a separação das partes envolvidas no conflito (com o afastamento da vítima do processo), não havendo interesse em apurar as razões que levaram o ofensor a praticar o ato, ou mesmo de propiciar, para este, uma reflexão acerca da sua conduta e efeitos sobre a vida da parte ofendida.

Como um contraponto, um outro caminho possível para a atuação estatal, nessa seara, vem sendo propagada a proposta de implantação da Justiça Restaurativa. Recebeu destaque através do trabalho do Professor americano e sociólogo e Howard Zehr, que criou e dirigiu um Centro de Justiça Comunitária nos Estados Unidos, sendo este um programa de reconciliação entre vítimas e infratores⁴.

Em síntese, pode-se dizer que a justiça Restaurativa firmou-se nas últimas décadas como resposta inovadora às necessidades não atendidas de vítimas e autores de crimes. Esta proposta vê os crimes como violações de pessoas e relacionamentos interpessoais, violações que acarretam a obrigação de reparar os danos e males que, em última instância, afetam não apenas vítima, ofensor e seus grupos de pertença, mas toda a sociedade.

O crime leva ao rompimento do tecido social, e este enfraquecimento dos laços comunitários engendra condições propiciadoras de violações futuras (ZEHR, 2008). Com procedimentos diferentes criados para lidar com as particularidades dos mais diversos crimes e culturas locais, a Justiça Restaurativa vem ganhando espaço e sendo adotada no âmbito da justiça juvenil, mas também em muitos outros contextos: para resolução de problemas disciplinares nas escolas, como resgate de práticas de justiça de comunidades tradicionais, metodologia para combater altos índices de reincidência criminal, para reintegrar egressos do sistema penitenciário, restaurar sociedades dilaceradas por guerras civis e solucionar conflitos em comunidades as mais diversas (ZEHR, 2008).

³ Howard Zehr, professor de Sociologia e Justiça Restaurativa na Eastern Mennonite University, no graduate Conflict Transformation Program (curso de graduação Programa de transformação de Conflitos) em (Harrisonburg (Virgínia)), Estados Unidos, e co-diretor do Center for Justice and Peacebuilding é reconhecido por ser um dos pioneiros da Justiça Restaurativa

⁴ O livro “Trocando as Lentes: Justiça Restaurativa para o nosso tempo”, de autoria de Howard Zehr, é considerado uma das contribuições mais relevantes para o campo da Justiça Restaurativa.

Etimologicamente, neste sentido, corrigir significa efetivar um modo de tratar os danos, das necessidades das vítimas e ainda nas causas que motivaram o ofensor a praticar o ato danoso.

Essa opção surge em um cenário onde a Justiça Tradicional parece não mais corresponder às expectativas de solução de conflitos, principalmente na esfera Penal, da sociedade contemporânea. Essa percepção parece ser compartilhada na academia, também no Brasil, pelos autores que têm produzido de forma mais significativa nessa seara (v. g. PALLAMOLLA, 2009; ACHUTTI, 2014 e ROSENBLATT, 2017).

Conforme aponta Rosenblatt⁵ (2017), a justiça restaurativa é apontada na literatura anglo-saxã como um dos mais significativos desenvolvimentos da justiça criminal das últimas décadas, bem como do pensamento e da prática criminológica contemporânea. Enfatizando que:

Além das imprecisões acerca da natureza da justiça restaurativa e da sua posição em relação ao atual sistema de justiça criminal, ainda não é nítido o papel da comunidade nas práticas restaurativas. Com efeito, embora a literatura sobre justiça restaurativa seja bastante convincente em seus argumentos de que é preciso encontrar formas mais significativas de envolver a comunidade nas práticas da justiça criminal, entendemos que ainda não foi desenvolvido um framework coerente para operacionalizar o envolvimento da comunidade nos processos restaurativos. Todas as justificativas teóricas para o envolvimento da comunidade – por exemplo, que o conflito precisa ser devolvido às partes diretamente atingidas pelo delito (dentre elas, a comunidade), que a comunidade precisa desenvolver habilidades para resolver os seus próprios conflitos/problemas, que a participação comunitária fortalece os laços sociais que capacitam membros da comunidade a deter crimes, que membros leigos da comunidade são mais indicados (do que os profissionais da justiça criminal) para a execução de algumas tarefas relacionadas à prevenção do crime e à reintegração do infrator e da vítima (2017, p.7 e 8).

No Brasil vem sendo promovida por meio de iniciativas esparsas e explorada como objeto de pesquisas há cerca de 13 anos. Em linhas gerais, vem sendo enxergada como um processo pelo qual as partes envolvidas em um conflito que possa configurar um delito – segundo a lei penal ou contravençional – são reunidas para resolver de forma coletiva as consequências advindas do ato danoso, fazendo com que as relações vítimas/ofensores dialoguem e busquem conquistar através do diálogo a reparação do dano e a pacificação social⁶.

⁵ <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=adc4b51b49fc307a>

⁶ Essa é uma explicação construída pelos autores a partir de suas leituras, que guarda coerência com o significado atribuído pelo CNJ, disponível no site em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em 18 ago. 2018.

No ponto de vista institucional, é considerado marco temporal inicial de implantação da Justiça Restaurativa no Brasil o ano de 2005, por conta de um projeto da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, contando com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Posteriormente, em 31 de maio de 2016, através da Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça as práticas restaurativas vieram a ser objeto de regulamentação, com o objetivo de “potencializar no país uma justiça que desenvolva a desjudicialização por meio de formas alternativas de resolução de conflitos”⁷.

Segundo o CNJ, esta é a definição de Justiça Restaurativa:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

Deste modo, esta perspectiva se propõe a quebrar paradigmas, no contexto colaborativo e do envolvimento de todos os que estão relacionados a uma determinada ocorrência que configure crime. Além de ampliar a participação da vítima no processo – em comparação com o modelo em vigor no Brasil – a proposta passa pela percepção de o apoio ao ofensor é também fundamental. Neste sentido a cartilha do CNJ considera que⁸:

⁷ Resolução 225, de 31 de maio de do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

⁸ Disponível em

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>>. Acesso em 17 ago. 2018.

A punição do comportamento, sem a sincera compreensão, por parte do transgressor, do erro cometido, sem o atendimento das necessidades dessa pessoa e a consideração de seus anseios, e, ainda, sem que seja oferecido suporte à construção de novos caminhos, a possibilitar outro lugar social e o reconhecimento dentro de atividades embasadas em valores éticos e de cidadania, acaba apenas por reforçar a identidade transgressora construída, como um “um troféu” que lhe garantirá maior força perante os demais, constituindo-o em uma liderança negativa (CNJ, 2016.p.30).

Zehr, define a Justiça Restaurativa como caminho de restauração, “se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura” (2008.p.176). Trata-se, assim, de uma proposta diferenciada em vista do modelo predominante, no Brasil, para a seara do processo penal, por ser tratar do nosso sistema jurídico penal ser o retributivo, passando a imagem de que o agressor não só cometeu um ato ruim, mas ratificando o que mesmo é um ser mau.

2. FORMAS DE ATUAÇÃO DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS

Como visto no item anterior, a prática da Justiça Restaurativa propõe que as pessoas reflitam e recuperem consciência das próprias ações e responsabilidades, proporcionando a mudança da sociedade que se tornaria, assim, mais humana e justa. Contudo, não são apenas essas qualidades que motivaram o CNJ a incentivar a adoção da Justiça Restaurativa e a incorporação de – algumas das – suas práticas pelos Tribunais.

Pesquisas anteriormente realizada, inclusive no Âmbito do INEAC e do PPGD/UVA (por exemplo, FILPO, 2016), vêm demonstrando que a incorporação de formas alternativas de solução de conflitos é uma necessidade premente do Poder Judiciário, pois estão propensas a contribuir com a administração de um acervo gigantesco de processos, permitindo que o trabalho dos magistrados seja descentralizado e redistribuído para outros atores que, até então, tinham pouco ou nenhum espaço na estrutura do Poder Judiciário. Psicólogos, assistentes sociais, mediadores e conciliadores são alguns exemplos.

Neste sentido, o surgimento da lógica vitimária (GARAPON, 1999. p.16) pode então ser vista como um entrave à tentativa de justiça, de situar a função tutelar, bem como condições necessárias para a democratização da sociedade.

Essa necessidade de outras soluções para o problema do assobramento – e conseqüente morosidade – do Judiciário estimulou, além da Justiça Restaurativa, a incorporação de métodos alternativos de solução de conflitos,

como a conciliação e a mediação, assim apontados na Resolução 2002/12 da ONU9 e, no plano interno, na Resolução 125 do CNJ.

De acordo com o manual do CEJUSC10, a criação de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça que dispõe, sobretudo, sobre a mediação partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito. Com efeito, o artigo 8º da Resolução 125 dispõe que11:

Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08/03/2016.

Tais normativas consideram que os programas restaurativos e de mediação, a cargo dos CEJUSCS, podem ser utilizados em qualquer estágio do sistema criminal, de acordo com a legislação nacional. Seja através de um processo autônomo ou entreposto por uma flexibilidade que permita às partes envolvidas em uma situação de conflito, ou violência, contar com o auxílio de um facilitador capacitado para auxiliar no diálogo.

Dependendo do caso, bem como os resultados obtidos através dos encontros restaurativos, as consequências serão distintas e podem resultar em extinção do processo criminal. A possibilidade desse desfecho é sustentada por autores como Achutti (2014, p.83), um entusiasta da justiça restaurativa, entendendo que, se as partes envolvidas estão satisfeitas, não haveria justa causa para que o Estado promovesse a persecução penal. Sendo plausível sustentar que, se a prática restaurativa trouxe bom resultado, o processo criminal poderia, em muitos casos – como os crimes contra o patrimônio ou contra a honra, por exemplo – ser arquivado.

Este é, contudo, um tema polêmico e seus desdobramentos doutrinários e jurídicos não serão abordados neste artigo, quando o que nos interessa é compreender e descrever, a partir de uma perspectiva empírica, a forma como vem sendo colocada em prática a Justiça Restaurativa no local considerado. Após a explicação de linhas mais gerais, que foi objeto deste item, vamos explorar, abaixo, aspectos empíricos mais específicos.

⁹ A Resolução 2002/12 da ONU - dispõe sobre os princípios básicos para utilização e programas de justiça restaurativa em matéria criminal.

¹⁰<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>

¹¹ Consiste em um conjunto de ações que visa a dar cumprimento aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, ou seja eficiência operacional, ampliação do acesso ao sistema de Justiça e responsabilidade social, de maneira eficaz e harmônica

3. GRUPO REFLEXIVO DE HOMENS AGRESSORES, EM COLUBANDÉ, SÃO GONÇALO-RJ

O grupo com Homens Agressores é institucionalmente reconhecido, no âmbito do TJERJ, como uma ferramenta cuja finalidade é impelir e prevenir a reincidência da violência doméstica contra a mulher; sendo esta uma prática regularmente adotada em alguns Juizados de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário, no Rio de Janeiro.

Diante da crescente demanda, tornou-se indispensável criar um padrão de referência para a implantação dos grupos reflexivos de homens agressores, cuja finalidade é compartilhar e nivelar procedimentos.

No caso do grupo de reflexão de homens agressores, aqui considerado, este tem lugar em uma sala dentro do JECRIM-Juizado Especial Criminal do fórum de Colubandé, São Gonçalo, RJ, em funcionamento há cerca de cinco anos. Os frequentadores do grupo são os “Homens Agressores” (homens que praticaram violência contra a mulher). É coordenado, atualmente, por uma assistente social.

Em nossa abordagem empírica das práticas que vêm sendo utilizadas no local observado (Fórum de Colubandé), foi-nos informado por uma assistente social, servidora do TJ, que o trabalho vem sendo realizado por meio de atividades variadas, de forma descentralizada, posto que conduzida por diferentes atores. A proposta central, em qualquer caso ou forma de abordagem, é esclarecer como o fato afetou os envolvidos, levando à compreensão do que dele resultou, sempre buscando construir respostas que atendam não somente a vítima, mas também em quem causou o dano – em uma perspectiva de restauração.

No entanto, foi-me autorizado pelo próprio magistrado da vara assistir a diversas audiências preliminares, onde foi observado que, não existe de fato um critério para a participação do grupo.

Sendo que, é imposto ao magistrado a participação do agressor as sessões do grupo, quando o mesmo percebe que há uma incompreensão da condição da mulher, do tipo de relação que possui, às vezes por problemas de alcoolismo, ajuste de diálogo e formação e compreensão de consciência sobre igualdade de gênero.

Nos casos analisados, os processos mantêm-se a medida protetiva e os autos ficam suspensos até o término das reuniões do grupo, onde finalmente será sentenciado.

O Grupo Reflexivo de Homens Agressores, o mesmo funcionaria como um círculo restaurativo. Nestes círculos¹², todos têm a mesma oportunidade de expressar suas idéias e opiniões, externando sentimentos e experiências que passaram decorrentes do evento danoso. Busca-se permitir que todos os envolvidos possam compreender um problema ou fato ocorrido, de modo de absorver quais foram os impactos e dimensões, buscando sempre reconhecer modalidades para minimizar os danos decorrentes de tal ato, priorizando a liberdade, voluntariedade, horizontalidade, conectividade e interdependência – aspectos firmemente enfatizados por nossas entrevistadas.

Em entrevista informal, esta informou que durante os 05(cinco) anos de existência do grupo, estima-se que houve cerca de 500 (quinhentos) atendimentos, sempre feitos semanalmente, com cerca de 25 participantes por sessão. Um grupo é dividido em 08 encontros, sendo que o primeiro encontro é individual e inclui uma entrevista com a vítima e outra com o agressor, separadamente.

A coordenadora relatou a dificuldade dos agressores aceitarem a participação do grupo, pois esta é obrigatória nos casos em que o juiz assim o determina. O encaminhamento para participar do grupo pareceu, neste primeiro momento da pesquisa, dar-se exclusivamente por decisão do juiz, sem vinculação a critérios previamente estabelecidos.

Muitos não conseguem vislumbrar qualquer vantagem, demonstrando revolta por estarem ali, naquele ambiente, compartilhado por outros homens. Mas, na experiência de nossa entrevistada, logo após algumas sessões começam a ter percepções diferentes.

Nossa interlocutora também enfatizou que o grupo se limita a levar os participantes a reflexão, por meio de dinâmicas específicas, em que o agressor se coloca no lugar da mulher e, a partir disso, consegue perceber os malefícios causados pela sua agressão.

Para que os homens se sintam mais à vontade, são feitas perguntas pessoais a cada um deles, bem como a demonstração de interesse em suas histórias de vida. Busca-se compreender o porquê da ação por meio da aproximação.

Quanto aos resultados, foi informado que os homens agressores conversam entre si, também, o que os ajuda a darem forças um para o outro em prol da mudança coletiva, frisando que o número de reincidência é baixo. Contudo, a respeito deste último aspecto, não havia dados estatísticos consolidados a serem apresentados, tratando-se apenas de percepções pessoais de nossa entrevistada.

¹² Maiores informações podem ser obtidas na cartilha disponibilizada pelo TJERJ e seu NUPMEC, no seguinte link: <<http://www.tjrj.jus.br/documentos/10136/97862/cartilha-justica-restaurativa-2017.pdf>>, acesso em 17 ago. 2018, p.23

Podemos observar que um dos propósitos do grupo, é abranger o cuidado com o sentimento das partes envolvidas e com a revigor da relação rompida pelo conflito. Isto nos mostra o quanto a justiça restaurativa nos oferece a oportunidade de reflexão sobre uma microfísica do poder, sobre como as relações de poder se estabelecem entre indivíduos pautada por essa reificação dos seus atores no extravasamento de um ressentimento mútuo, embora fundado em eixos completamente distintos. (2005, p.62, apud, MELLO Rezende)¹³.

Aduz que, a constante formação e conscientização é importante para a pesquisa de modelos alternativos de resolução de conflito; ela pressupõe um processo inclusivo, no qual se abre espaço para o diálogo entre as pessoas direta e, se possível, indiretamente afetadas pelo crime aqui estabelecido, buscando na abordagem dos fenômenos jurídicos, como forma de explorar a complexidade da sociedade plural contemporânea.

Diante desse movimento de democratização e humanização da justiça, cresce o número de iniciativas relacionadas às forma de alternativas de administração de conflitos, dentre eles, o objeto da nossa pesquisa, o Grupo Reflexivo. Tal meio de resolução, não busca substituir o judiciário e sim, trata-se de meios alternativos que buscam a efetividade do direito.

CONCLUSÃO

Como enfatizado no início, trata-se de pesquisa incipiente. Temos apenas alguns dados iniciais, auferidos em trabalho de campo. Contudo, os mesmos podem ser compartilhados para suscitar reflexões interessantes e empiricamente relevantes. Elencamos abaixo algumas das percepções iniciais da pesquisa.

Percebe-se que o grupo reflexivo, aqui considerado, parece encaixar-se razoavelmente no contexto das práticas restaurativas. Mas, enquanto no plano da teoria existe grande entusiasmo acerca das possibilidades e qualidades da via restaurativa, as práticas observadas indicam que, no contexto da pesquisa e até o momento, trata-se de iniciativas concretas muito tímidas.

No entanto, não se pode pretender aferir resultados em termos quantitativos. Afinal, o que as práticas restaurativas se propõem a fazer é aperfeiçoar, dar mais qualidade, à resposta estatal e social às práticas consideradas criminosas, especialmente restaurando a harmonia do grupo social afetado.

Na revisão bibliográfica, percebemos inconformismo generalizado acerca do modelo caracterizado pela chamada Justiça Retributiva, que não vem

¹³ Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

apresentando progresso na solução ou na diminuição dos crimes. Inclusive no que toca a violência contra a mulher. Dessa constatação resulta que muitas vezes vêm reivindicando a utilização de outras ferramentas e a abertura de outros caminhos, como a adoção de práticas de justiça restaurativa.

Nessa linha de pensamento, uma das propostas seria rever o aspecto punitivo da resposta penal para os casos de violência doméstica. Esse seria, segundo alguns autores, um importante passo a ser dado, visualizando táticas de autocomposição de conflitos a fim de dirimir à violência além de tentar equilibrar a vida da vítima e do agressor. A prioridade seria, aqui, cuidar de todos os envolvidos, trazendo de volta o seu relacionamento para condições sustentáveis.

Tal posição, a despeito do seu caráter inovador, nos trouxe algumas reflexões, haja vista que existe forte clamor, no plano nacional e internacional, pelo recrudescimento da resposta estatal em casos de violência contra a mulher. Um homem que agride uma mulher deveria ser duramente punido: é esse o tom do debate recente, sendo a maior prova disso a tipificação do crime de feminicídio¹⁴ há apenas 4 anos.

Assim, a utilização das práticas restaurativas nos casos aqui considerados parece vir de encontro até mesmo com orientações internacionais, no sentido de que os ordenamentos jurídicos dos países reprimam toda forma de violência contra a mulher.

A despeito disso, tais práticas são levadas a efeito nesta e em outras sedes, contribuindo, assim se espera, para que o Poder Judiciário possa atingir os seus objetivos e metas estabelecidas.

É uma questão interessante, que merece maiores reflexões tanto no plano teórico como prático. Podendo-se até mesmo perquirir se o que está em discussão são formas mais elevadas e humanizadas de tratamento dos conflitos, dando espaço para uma revalorização da vítima e para a correção do ofensor, ou, ao contrário, se tudo o que está em jogo são os interesses institucionais do judiciário.

¹⁴ Em 9 de março de 2015 foi sancionada, no Brasil, a Lei 13.104 conhecida como a Lei do Feminicídio. Altera o Código Penal (art.121 do Decreto Lei nº 2.848/40), incluindo o feminicídio como uma modalidade de homicídio qualificado, entrando no rol dos crimes hediondos. A justificativa para a necessidade de uma lei específica para os crimes relacionados ao gênero feminino, está no fato de 40% dos assassinatos de mulheres nos últimos anos serem cometidos dentro da própria casa das vítimas, muitas vezes por companheiros ou ex-companheiros

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 125/2010. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos>>. Acesso em 28 set. 2019, 17:02:00.

_____; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 225/2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos>>. Acesso em 28 set.2018, 16:58:00.

ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal. São Paulo. Ed. Saraiva. 2014.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação: - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>>. Acesso em: 05 de agosto de 2018.

FILPO, Klever Paulo Leal Filpo. Mediação Judicial: Discursos e Práticas. Rio de Janeiro: MauadX/FAPERJ, 2016.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Trad. Roberto Machado. 5. ed., Rio de Janeiro: Graal, 1985.

GARAPON. Antoine. O Guardião de promessas in o juiz e a democracia; tradução Maria Luiza de Carvalho, Rio de Janeiro, 1999.

MELLO, Kátia Sento Sé; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e Significados. Dilemas – Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social. IFCS/UFRJ. Rio de Janeiro. v. 4, n. 1, jan./mar. 2011.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PRANIS, Kay. Processos Circulares de construção de paz. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Em busca das respostas perdidas: uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa. <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=adc4b51b49fc307a>> acesso em 15 ago.2019, 20:32:00.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. Disponível em <http://www.stqadvogados.com.br/download/Justica-restaurativa-e-mediacao-penal.pdf> acesso em 15 ago. 2019, 22:52:00.

SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Atos Normativos Atinentes à Mediação de Conflitos. Disponível em <www.tj.rj.jus.br>. Acesso em 10 ago. 2019, 21:50:00.

_____; Padronização do Grupo Reflexivo dos Homens Agressores. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume14/volume14_padronizacao.pdf>. Acesso em 15 abr. 2019, 20:22:00.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa: teoria e prática*. São Paulo. Palas Atenas, 2015.

_____; Howard. *Trocando as Lentes: Justiça restaurativa para o nosso tempo*. São Paulo. Palas Atenas, 2008.

Eixo temático 04



**MÍDIA,
CONHECIMENTO
E GESTÃO DA INFORMAÇÃO**

A DEEP WEB DA SOCIABILIDADE E A CAIXA DE PANDORA DO CARÁTER BRASILEIRO

Gilvan Luiz Hansen

*Universidade Federal Fluminense, Professor do Departamento de Direito Privado, Niterói, Brasil,
gilvanluizhansen@id.uff.br*

Gabriel da Fonseca e Cunha Hansen

*Universidade do Minho, Graduando em Ciências da Comunicação, Braga, Portugal,
gabrielcfhansen@hotmail.com*

RESUMO

O artigo, com referencial habermasiano, aborda o fenômeno de utilização da internet e das redes sociais como espaços de desconstrução do estado democrático de direito e de promoção de discursos de ódio e práticas totalitárias. Valemos, para isso, de metáforas que aproximaram a mitologia grega, com a Caixa de Pandora, com a internet e suas modalidades (*Surface Web*, *Deep Web* e *Dark Web*). O percurso argumentativo começa pela caracterização e contextualização dos impactos que a internet trouxe e traz à vida das pessoas em sociedade; explana as modalidades de internet, chamando a atenção para o fato de que conteúdos e idéias antes só defendidos ou vinculados em ambientes de *Deep Web* ou de *Dark Web* foram guindados ao espaço da *Surface Web*, transformando as redes sociais em palco de ataques, manifestações de ódio e de preconceitos, perseguições, condutas típicas de coletividades que perderam os referenciais que separam civilidade e barbárie; analisa especialmente nos efeitos que tem essas atitudes totalitárias enquanto ameaças à sociabilidade na sociedade brasileira e à destruição das bases do estado democrático de direito. Conclui-se que há necessidade de iniciativas articuladas, permanentes e efetivas de defesa dos ideários legados pela modernidade: liberdade, igualdade, solidariedade, democracia participativa, política deliberativa.

Palavras-chave: Pandora; *Deep web*; Caráter; Brasileiro; Sociabilidade.

INTRODUÇÃO

Reza a lenda grega que Zeus, ao criar a primeira mulher, Pandora, deu a ela um grande jarro (a “caixa”) no qual estavam contidos todos os males do mundo. Curiosa com o teor do conteúdo da caixa, Pandora não se conteve e

abriu o jarro, deixando escapar todos os males, mas foi ágil o suficiente para manter aprisionado apenas um deles: a esperança.

Contemporaneamente, com o advento da internet, as informações estão acessíveis, públicas e controladas na “rede”, mas há um espaço ainda não controlado, a *deep web*, onde transitam informações, interesses e expectativas que ultrapassam, em muitos casos, o normal, o convencionalmente aceito, o socialmente aprovado, o politicamente correto; é uma espécie de porão da existência, onde os males e fantasias se materializam, em espaço paralelo e marginal à sociedade.

Considerando os elementos supramencionados (Pandora e *deep web*), o presente artigo se propõe a estabelecer uma reflexão acerca da atual conjuntura nacional, levando em conta os aspectos relacionados à aparente ruptura de parâmetros de sociabilidade estabelecidos como característicos da população brasileira, em face do fenômeno político do advento de grupos sociais extremistas. Será que a nossa *deep web* brasileira está se mostrando a nova rede e apontando para novos referenciais sociais? A nossa “Caixa de Pandora” foi aberta e existe alguma perspectiva ainda, ou também a esperança escapou?

Pretende-se, nessa abordagem, passar por temas como as *fake news*, o uso dos meios de comunicação social em termos político-ideológicos e conjecturar acerca das possibilidades de construção ou reconstrução da sociabilidade fragmentada e fragilizada.

O referencial teórico-metodológico para esse esforço acadêmico está ancorado na teoria crítica da sociedade, tanto nos moldes da primeira geração da Escola de Frankfurt (Adorno, Horkheimer, Marcuse, Fromm, Benjamin) quanto na sua versão discursiva, de inspiração habermasiana.

1. O CONTEXTO DE DISCUSSÃO DO TEMA

Desde a antiguidade, as civilizações de maior destaque se caracterizaram por um afã de domínio global, articulado em torno de idéias e práticas econômicas, políticas e jurídicas, como é o caso dos romanos. As noções romanas de posse e propriedade (SUÁREZ BLÁZQUEZ, 2019, p. 53-60), liberdade de circulação e mercado de capitais (SUÁREZ BLÁZQUEZ, 2018, p. 34-44) não apenas ali se sedimentaram, mas tornaram possível a formação de um império que se estendeu ao longo de vários séculos e que estabeleceu as diretrizes que servem até hoje como base e inspiração para os projetos modernos de globalização contemporâneos, ancorados no capitalismo.

Mas apesar da eficiência e eficácia da dominação expansionista romana ao seu tempo (SUÁREZ BLÁZQUEZ, 2018, p. 109-130), ela é ínfima se comparada ao potencial que as nações, governos e corporações contemporâneos possu-

em. E muito disso se deve ao advento das tecnologias que tornaram possível o desenvolvimento da rede mundial de computadores.

A rede mundial de computadores se tornou realidade há menos de meio século e, desde o seu surgimento, as relações humanas no planeta terra foram gradativamente influenciadas e hoje, pode-se dizer, drástica e irremediavelmente transformadas. Em face disso, grande parte das pessoas no planeta já não consegue encontrar parâmetros de compreensão e de ação nesse ambiente reconfigurado, apelando para tutores que, pela política, pela religião ou por outras vias de respostas, vão apontar caminhos a serem seguidos, ainda que irrefletidamente, caminhos esses muitas vezes mais nocivos e ameaçadores do que libertários ou emancipadores.

Neste cenário, através da sofisticação tecnológica e do desenvolvimento de sistemas de informação refinados, rapidamente a internet viabilizou a implantação e formação de redes de relacionamento que atingiram possibilidade de abrangência global.

O espaço e o tempo foram redimensionalizados, pulverizados em nuvens de informações fragmentadas, partilhadas quase que instantaneamente em qualquer lugar ou horário onde existam pessoas conectadas.

O efeito da aceleração advindo das técnicas avançadas de comunicação e de transporte possui uma importância totalmente diferente para a modificação em longo prazo do horizonte cotidiano de experiências. (...) A consciência do espaço e do tempo é afetada de um outro modo pelas novas técnicas de transmissão, armazenamento e elaboração de informações. (...) As distâncias espaciais e temporais não são mais “vencidas”; elas desaparecem sem deixar marcas na presença ubíqua de realidades duplicadas. (HABERMAS, 2001, p. 57-58)

Hoje desfrutamos do acesso a um impressionante número de dados, em todas as áreas da existência, gerando impactos mais ou menos perceptíveis em todos os campos do nosso acontecer. Isso obrigou uma forçosa mudança de todos, usuários convictos e constantes ou não da internet, senão vejamos alguns exemplos:

- a) Se pretendemos viajar, já se tornaram obsoletos os mapas em papel comprados nas livrarias, pois estamos permanentemente georeferenciados com os aparelhos celulares. E também podemos antecipadamente reservar, via internet, passagens, hotéis, veículos para o passeio, ingressos para atrações turísticas, locais em restaurantes, etc. Tais fatores cambiaram significativamente o setor de turismo e as empresas prestadoras de serviços na área;
- b) No que tange à saúde, encontramos referências sobre sintomas e tipos de doenças, tipos de tratamento, riscos para o organismo de determinados procedimentos médicos, bulas de medicamentos, etc., o que faz das

consultas médicas um desafio aos profissionais, já que necessitam conviver com clientes que já não são mais “pacientes”, mas muitas vezes são “impacientes” por possuírem informações assistemáticas sobre seu quadro clínico e exigirem do profissional em medicina a obrigação de explicar pedagogicamente e de justificar as suas decisões terapêuticas;

c) Na educação escolar, em todos os níveis, também são sentidas modificações profundas, seja no que tange aos desafios metodológicos para o desenvolvimento do aprendizado com as novas ferramentas de acesso à informação, seja no que diz respeito mesmo ao domínio de conteúdos específicos, posto que a dinâmica social tornasse muita das informações passadas nas aulas obsoletas em questão de minutos ou dias, exigindo uma permanente atualização dos professores para dar conta da função que desempenham;

d) Na comunicação interpessoal ocorreu verdadeira revolução, tanto no que se refere aos meios disponíveis para a efetivação dos contatos quanto no volume de informações e conteúdos circulando e em oferta às pessoas. Ademais, a transformação do papel de todos e de cada um, guindados à condição de consumidores de dados, mas também de produtores de notícias, ficcionais ou reais, lançadas a todo o momento para o mundo.

Enfim, poderíamos mencionar muitas outras áreas atingidas pela revolução tecnológica e cibernética decorrente da internet, mas não é esse o propósito da presente reflexão.

O importante é destacarmos o quão intensamente a internet modificou a nossa existência, trazendo-nos inúmeras facilidades. Mas também trouxe diversos problemas, que precisam ser mais bem avaliados.

A comunicação digital finalmente ultrapassa em alcance e em capacidade todas as outras mídias. Mais pessoas podem conseguir e manipular quantidades maiores de informações múltiplas e trocá-las em um mesmo tempo que independe das distâncias. Ainda é difícil se avaliarem as conseqüências mentais da Internet, cuja aclimatação no nosso mundo da vida reside de um modo mais enérgico do que a de um novo utensílio doméstico. (HABERMAS, 2001, p. 58)

No âmbito normativo (jurídico, ético, moral, econômico, político), conceitos caros advindos de conquistas sociais e históricas, como privacidade, intimidade e liberdade, hoje soçobram diante da apropriação consentida por grandes corporações, em maior ou menor grau de consciência do fato, dos dados com os quais os usuários alimentam o sistema global de informações.

E é exatamente no atendimento dos interesses de muitas destas corporações de atuação global que os dados fornecidos são acumulados, analisados e organizados conforme interesses políticos, econômicos ou de outra ordem, utili-

zados para domesticar os usuários da rede e transformar o “gado doméstico” (KANT, 1985, p. 102) em massa de manobra para a obtenção de finalidades específicas.

Assim, governos são derrubados e outros são postos no poder, a honra de pessoas é destruída ou a carreira de alguns prepostos da dominação é forjada artificialmente no intuito de se tornar um produto de marketing atrativo para a multidão ignara, capaz de aceitá-lo como o novo governante, o magistrado indicado às altas Cortes ou o líder espiritual ungido pela divindade tecnocrática das igrejas eletrônicas.

Preocupados com a “blindagem” de dados e informações, algumas corporações e indivíduos passaram a desenvolver, em paralelo à internet aberta e acessível potencialmente a todos, a “internet de superfície” (*Surface Web*), formas seguras de comunicação via rede mundial de computadores que não pudessem ser controladas por governos ou disponíveis ao acesso de corporações rivais; ou ainda, dados e informações que não pudessem ser rastreadas pelos usuários, de sorte que os emissores destas não tivessem suas identidades ameaçadas. Desenvolveu-se, deste modo, a *Deep Web* e, como uma parte mais restrita e específica desta, também a *Dark Web*.

2. SURFACE, DEEP E DARK WEB: AS FORMAS DA COMUNICAÇÃO NA INTERNET

Para avançarmos em nossa discussão, necessitamos especificar algumas distinções conceituais a respeito da internet enquanto via de comunicação, explicitando a distinção entre *Surface Web*, *Deep Web* e *Dark Web*.

Os especialistas, ao falar na distinção entre as formas de internet, comparam-nas a um iceberg, que tem uma parte de si na superfície da água (*Surface Web*), mas que possui a maior parte de si submersa na água (*Deep Web* e *Dark Web*).

A internet de superfície (*Surface Web*) se caracteriza pela indexação dos conteúdos em domínios acessíveis através dos principais sites de buscas. Ela tem sua movimentação de dados acompanhada por órgãos internacionais capazes de apontar o DNS do emissor da informação e também o monitoramento do acesso às informações, permitindo o controle e a responsabilização dos usuários por aquilo que é postado nos sites. Embora tenha maior divulgação e seja a modalidade de internet utilizada pela população em geral, a estimativa é que a *Surface Web* possui apenas cerca de 4% dos dados que circulam na internet.

Majoritariamente, portanto, os dados estão armazenados e circulam “no fundo”, sob a superfície, em grande volume de dados na *Deep Web*, e também numa parte desta que é a *Dark Web*.

A *Deep Web* é composta por sites não indexados, não sendo possível encontrá-los nos canais de busca. Seus usuários se utilizam, em grande medida, de redes criptografadas que lançam mão de softwares para garantir o anonimato da identidade na rede pela ação de esconder o IP de quem está a navegar. Diversas empresas e corporações transmitem suas informações através desta modalidade de internet; muitos dos movimentos políticos e sociais igualmente vinculam suas idéias e suas causas, especialmente em países nos quais a liberdade de expressão não é permitida ou há censura da internet de superfície.

A *Dark Web*, zona escura da internet, tem uma criptografia muito sofisticada, viabilizando tão somente a usuários especializados em conhecimentos na área de tecnologia da informação e de informática o acesso a ela, posto que grande parte dos seus domínios consista de letras e números aleatórios. Aí podem ser encontrados sites de tráfico de escravos humanos, de órgãos para transplantes, de armas ou de drogas, contratação de assassinatos, prostituição, cursos para montagem de bombas e ataques terroristas, etc.

Ousamos, entretanto, pela imagem comumente passada à população de que a *Deep Web* seria exclusivamente um espaço do proibido, da transgressão, comparar a distinção entre as modalidades ou formas de internet a um filme, *Judge Dredd* (USA, 1995), no qual há uma sociedade que vive na superfície, onde aparentemente está tudo em harmonia e funcionando bem, já que os transgressores são eliminados ou banidos, enquanto no subsolo, nas catacumbas e nos canais por onde estão as tubulações (água, gás, esgotos, etc.) vivem os excluídos, os esfarrapados, os humanos de segunda categoria, os marginais, infratores, desordeiros e bandidos.

Na imagem do filme, é ali que se forja e constrói a revolução social, cujo acontecer exporá a podridão vivida na superfície e implantará uma nova ordem, onde haja igualdade de acesso aos bens e oportunidades, com liberdade e justiça para todos.

A ação dos que vivem no subsolo é, salvo exceções, clandestina, no anonimato, com incursões à superfície para objetivos específicos a serem cumpridos. Mas sempre priorizando a garantia da invisibilidade, que torna protegida a identidade daqueles que lutam pela revolução. E por mais que as autoridades e o governo da superfície procurem capturar os rebeldes, eles conseguem estar seguros e protegidos pelo anonimato dos canais e caminhos do subsolo.

3. A INTERNET E A CAIXA DE PANDORA DA SOCIABILIDADE BRASILEIRA

A internet e seus produtos atingem todos os recantos do planeta, com maiores ou menores efeitos perceptíveis, com maior reação ou não dos meios de comunicação de massa, dos governos e das instituições constitutivas da socieda-

de. Um estudo comparativo seria algo muito importante a ser desenvolvido pela Academia.

Contudo, interessa-nos aqui abordar um aspecto muito peculiar e específico, atinente ao Brasil atual: a conduta de muitas pessoas no uso das redes sociais no que diz respeito aos posicionamentos totalitários e agressivos. Será que nós brasileiros, autodefinidos como cordatos e sociáveis, rompemos com essa expectativa coletiva, pondo em risco a sociabilidade que nos conecta? Ou será que apenas deixamos vir à tona aqueles elementos belicosos e agressivos que estavam recalcados e reprimidos em nós? E como a internet influencia nesta mudança de condutas? Responder a essas questões é algo deveras complexo, mas procuraremos apontar alguns aspectos para a compreensão do atual fenômeno brasileiro.

3.1. A internet, o caráter brasileiro e a sociabilidade

O discurso construído em torno do comportamento e do caráter brasileiro, alimentado especialmente ao longo dos últimos cinquenta anos, apresenta-nos como seres cordatos, pacíficos, alegres, festivos, solidários, criativos, carinhosos e um pouco indolentes, com certa aversão ao cumprimento estrito de regras e protocolos. Bem humorados e defensores do “jeitinho brasileiro” de ser e de fazer as coisas, orgulhávamos de nossas raízes multiculturais e do fato de estarmos propensos à convivência com a diversidade de crenças, comportamentos, etnias e manifestações.

E nas ocasiões em que nossa conduta se afastava dessa imagem projetada, não deixávamos de destoar do modelo, mas o fazíamos com algum pudor, com um sentimento de culpa, com a sensação de que nós estávamos errados ao nos afastar do *ethos* brasileiro. Se algumas vezes nossa sanha de aniquilação do outro pelas coisas que era ou fazia vinham à tona, procurávamos esconder, dissimular, reprimir, ou confessar ao nosso líder espiritual, no afã de sermos perdoados e reintegrados na comunidade.

Nossas condutas eram reguladas pelas instituições sociais e nossas ações, salvo algumas situações extremas, traumáticas e esporádicas, eram percebidas como isoladas e partilhadas apenas entre aqueles que estavam fisicamente mais próximos a nós.

Com o fenômeno da internet, a hiperestimulação recebida através das mídias sociais, aliada ao incremento de consumo de aparelhos que tornam viável o acesso permanente à rede mundial de informação, gerou um contingente populacional ávido de participar. Mas a participação assimilada se deu enquanto exposição de experiências da vida privada ou de alguns episódios da atuação pública de indivíduos que não se percebem em sua condição de usuários, condição esta que os toma como fragmentos potencializados à totalidade, numa distorção da-

quilo que Hegel, em outro sentido, denominava a realização, ao mesmo tempo, do particular e do universal num mesmo ser.

O fragmento se converte em ente obcecado por partilhar suas vivências e espionar as vivências alheias, na expectativa de que a sua aceitação e relevância pública se efetivem pelo número de pessoas que lêem, compartilham ou dão “likes” em seu aparecer efêmero nas redes sociais.

Todavia, da mesma maneira que, desde tempos passados, as pessoas bisbilhotavam a vida alheia, mas o faziam com certa discrição para evitar a confrontação direta com os espionados, também isso se poderia esperar nas redes sociais hodiernamente.

Ocorre que, adotando um comportamento similar a alguém que “navega” pela *Deep Web* ou pela *Dark Web*, protegido pelo anonimato ou na situação de quem aparentemente não é identificável ou passível de ser rastreado no uso da internet, muitos dos indivíduos usuários das redes sociais da *Surface Web* perderam qualquer senso ou medida de respeito às diferenças de opinião ou de modo de ser na exposição que fazem, ou acompanham, ou bisbilhotam.

E esse comportamento é estimulado por algumas corporações interessadas em resultados de colapso social, com vistas a realizar interesses políticos e econômicos específicos, mediante a utilização de robôs e através do emprego de disseminação massiva de informações e notícias falsas (*fake news*) a segmentos catalogados pela obtenção de dados via perfil das redes sociais. Tais grupos, assim, potencializam sobremaneira os efeitos avassaladores da sanha destruidora da massa ignara sobre personalidades (políticos, jornalistas, educadores, religiosos, juristas, magistrados, lideranças sociais) e instituições (universidades públicas, sindicatos, partidos, parlamento, judiciário, igrejas) cujas atividades possam se contrapor aos interesses privados destas corporações.

Há, neste sentido, uma séria ameaça de ruptura, no Brasil atual, das condições básicas de sociabilidade mínima que torna possível a coexistência regrada, pacífica e cooperativa de uma coletividade social.

3.2. A caixa de Pandora e o caráter brasileiro

Com sua condição plurissemântica, os mitos nos permitem leituras e interpretações as mais diversas. E isso se dá também com o mito grego de Pandora. Quando Pandora abre a caixa que Zeus havia confiado a ela no intuito de satisfazer sua curiosidade humana, deixa escapar todos os males de seu interior, exceto a esperança.

No que tange à esperança, há aqui já uma dupla possibilidade de compreensão, pois podemos entender que a esperança ainda está conosco, mesmo que os males estejam disseminados no mundo ou, o que é mais plausível dentro de uma

visão trágica que se insere nos mitos gregos, dentre todos os males que afligem a existência humana, a esperança não se faz presente, já que causa ilusões de que existem saídas e “redenção” ao ser humano, posto estejamos fadados ao nosso próprio destino trágico.

A metáfora de Pandora com o atual cenário brasileiro nos parece pertinente, pois se mantínhamos aprisionados na caixa dos nossos pensamentos e sentimentos, contidos na mente de cada um, os males da existência humana, a internet parece ter sido a nossa Pandora. Ela abriu a tampa do nosso ser e permitiu que aquilo que de mais obscuro existente em nós ganhasse o mundo e tivesse voz em escala amplificada, graças às tecnologias da informação. E tal como na mitologia grega, a esperança não se faz presente para alentar ou para oferecer expectativas de ultrapassagem deste estado de “protobarbárie”.

Esse estado de coisas, entretanto, não parece ser fruto de uma onda (ou tsunami) que destrói e que passa, por ser esporádico, deixando em nós as marcas dos males causados e o desafio da reconstrução do entorno destruído. Ele é resultado de uma nova configuração global a partir do qual se estabelece o controle e a manipulação das massas, por parte de corporações e grupos de poder, mediante a utilização das tecnologias de vanguarda e da manipulação dos dados de pessoas que os disponibilizam enquanto consumidores (cartões de crédito, compras, cadastros em estabelecimentos comerciais) ou enquanto usuários de internet (sites, redes sociais, etc.).

Os referidos grupos de poder e corporações estimulam a formação de consensos artificiais e pré-fabricados, baseados em *fake news*, potencializando os efeitos midiáticos de determinadas visões de mundo que pretendam implantar. Igualmente, por vezes produzem inimigos fictícios ou causas abomináveis, a fim de provocar a reação, o antagonismo e o belicismo enquanto práticas cotidianas. Isso tudo para reforçar, nos espaços de um estado de direito vigente, o ideário do estado de guerra permanente hobbesiano (HOBBS, 1988).

Em Thomas Hobbes, todavia, tal espírito de guerra de todos contra todos era vivido num estado de natureza, e para superá-lo os indivíduos faziam um pacto social em face de um Leviatã, um governante absolutista que garantia paz, segurança e qualidade de vida em troca das liberdades individuais e coletivas. Hodiernamente, esse estado de natureza está incrustado no próprio estado de direito, e parece querer ser a nova fisionomia do estado de direito, abolindo deste qualquer traço efetivamente democrático.

Existe, pois, um quadro de instabilidade social que indica ameaça grave ao estado democrático de direito brasileiro e às conquistas sociais nele contido ao logo das últimas décadas. E isso implica hoje numa batalha pela pluralidade, pela democracia, pelo direito, pela igualdade e pela liberdade em várias frentes e instituições, mas que tem nas mídias sociais um espaço estratégico que precisa ser

ocupado com qualidade e atitudes de promoção da justiça social, da solidariedade e da cidadania.

CONCLUSÃO

A reflexão por nós proposta até aqui se voltou para a abordagem do fenômeno observado em âmbito global, mas mais especificamente no Brasil, de utilização da internet e das redes sociais como espaços de desconstrução do estado democrático de direito e de promoção de discursos de ódio e práticas totalitárias. E o fizemos valendo-nos de metáforas que aproximaram a mitologia grega, com a Caixa de Pandora, com a internet e suas modalidades (*Surface Web*, *Deep Web*, *Dark Web*).

O percurso argumentativo por nós escolhido iniciou-se pela caracterização e contextualização dos impactos que a internet trouxe e traz, enquanto experiência recente na história humana, à vida das pessoas em sociedade. Para tanto, explanamos as modalidades de internet, chamando a atenção para o fato de que conteúdos e idéias antes só defendidos ou vinculados em ambientes de *Deep Web* ou de *Dark Web* foram guindados ao espaço da *Surface Web*, transformando as redes sociais em palco de ataques, manifestações de ódio e de preconceitos, perseguições, condutas típicas de coletividades que perderam os referenciais que separam civilidade e barbárie.

Focamo-nos, em sequencia, especialmente nos efeitos que tem essas atitudes totalitárias enquanto ameaças à sociabilidade na sociedade brasileira e à destruição das bases do estado democrático de direito pátrio, utilizando-nos do mito de Pandora como elemento literário de inspiração.

O cenário preocupante na atualidade mundial e, em especial, na sociedade brasileira, exige de todos nós atitudes prudentes e espírito crítico aguçado para não cairmos em armadilhas ou ilusões políticas descabidas. Urge, contudo, que tomemos iniciativas articuladas, permanentes e efetivas de defesa dos ideários legados pela modernidade: liberdade, igualdade, solidariedade, democracia participativa, política deliberativa.

Necessitamos “exorcizar os demônios” da nossa sociabilidade, recolocando-os na caixa de Pandora donde não deviam sair; retirar os conteúdos e a postura dos usuários da *Dark Web* do campo da *Surface Web*; e esse “exorcismo” de cidadania não tem caráter teológico ou religioso, mas implica o exercício do diálogo em bases democráticas e comunicativas, através de discursos no âmbito da esfera pública. Como fazê-lo, num cenário de esfera pública que mais parece um campo minado, onde cada movimento pode nos explodir e destroçar, eis a grande angústia e o enorme desafio que se impõe a cada um de nós para a construção da cidadania brasileira em parâmetros de sociabilidade e cooperação solidária.

O que nos permite acreditar que tal desafio seja possível de realizar? Ao contrário dos gregos antigos, nossas bases ocidental-cristãs resignificaram a esperança, dando a ela um status de virtude e permitindo a ela andar pelo mundo. E porque ainda temos esperança no ser humano é que continuamos a lutar para superar as mazelas que ele cria e impinge a si e aos demais seres neste planeta.

REFEFÊNCIAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. 2.ed. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1993.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em Descontrole*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, 6 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 2.ed. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HOBBES, Thomas. *Leviatã. Hobbes*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1988. (Col. Os Pensadores).

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o Esclarecimento?. In: KANT, Immanuel. *Immanuel Kant: textos seletos*. 2.ed. Introdução de Emmanuel Carneiro Leão; tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985.

SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo. *Las esferas jurídicas de dos mundos. Bino-mio posesión-dominio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo. *Los pilares económicos y jurídicos romanos del capitalismo global*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

DISCURSO, CRÍTICA E COMPLEXIDADE: Entropia e harmonia das organizações para a inovação

Clóvis Ricardo Montenegro de Lima

*Pesquisador do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT), Rio de Janeiro, Brasil,
clovismlima@gmail.com*

Helen Fischer Günther

*Professora na Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul), Florianópolis, Brasil
helen.fg@gmail.com*

RESUMO

Neste artigo queremos discutir as possibilidades e os limites de discurso e de crítica dentro das organizações. Os sistemas são organizações de complexidade reduzida em relação ao entorno. Este processo de redução visa obter funcionalidade orientada a fins. A menor complexidade dentro do sistema impõe modos de agir para os seus participantes. Além disso, reduz as possibilidades e capacidades da organização interagir com seu entorno. Isto tem enorme potencial de conflitos. A redução da complexidade dos sistemas em relação ao entorno torna as organizações um espaço de conflitos internos e externos. Os participantes são sujeitos desses conflitos. A crítica dos participantes tem um sentido entrópico. Isto cria uma dinâmica organizacional que oscila entre inércia e ação, e desequilíbrio e controle ou mudança. O discurso entre os participantes das organizações tem potencial para ação e mudança. O discurso tem força anti-inercial e para harmonização das organizações, tanto para o controle quanto para as mudanças sob forma de melhoria e de inovação. Neste sentido o discurso é fundamental para adequada funcionalidade das organizações em um mundo da vida em constante evolução. Os acordos construídos pelo discurso proporcionam adequação funcional.

Palavras-chave: sistemas; organizações; discurso; crítica; entropia.

INTRODUÇÃO

Neste artigo queremos discutir as possibilidades e os limites de discurso e de crítica dentro das organizações. Estamos particularmente interessados na potência do discurso como modo de harmonização organizacional e adequação funcional, melhoria de processos e de inovação.

As organizações são sistemas de complexidade reduzida em relação ao entorno. Este processo de redução visa obter funcionalidade orientada a fins.

Luhmann desenvolveu uma teoria das organizações como sistemas que reduzem a complexidade dos seus processos internos em relação às possibilidades do seu entorno visando uma adequada capacidade de obter produtos e resultados.

A menor complexidade dentro do sistema impõe modos de agir para os seus participantes. Um dos processos mais importantes na redução da complexidade dos sistemas é a estrutura dos fluxos de informação, reduzindo o papel dos sujeitos da comunicação a meros operadores de uma repetição.

Além disso, a menor complexidade reduz as possibilidades e capacidades da organização interagir com seu entorno. O egoísmo sistêmico faz as organizações se orientarem em função de seus próprios interesses e ignorarem demandas do entorno, tanto aquelas normativas quanto às de sustentabilidade social e ambiental.

Isto tem enorme potencial de gerar conflitos. A redução da complexidade dos sistemas em relação ao entorno torna as organizações um espaço potencial de conflitos internos e externos. Os conflitos internos acontecem entre os participantes e os externos destes com o entorno, coincidindo ou não com os interesses do sistema.

Os participantes são sujeitos desses conflitos. A crítica dos participantes tem um sentido entrópico. Isto cria uma dinâmica organizacional que oscila entre inércia e ação, e desequilíbrio e controle ou mudança. A crítica tem sempre um potencial entrópico e geração de conflitos. A crítica pode cair no vazio ou desencadear ação. A ação pode ser entrópica ou pode ser harmonizada por mecanismos de controle ou processos de mudança.

O discurso racional é um modo especial de agir comunicativo. Ele pode acontecer entre os participantes das organizações com potencial para ação e mudança. O discurso racional tem força anti-inercial e para harmonização das organizações, tanto para o controle quanto para as mudanças sob forma de melhoria e de inovação.

Neste sentido o discurso racional é fundamental para adequada funcionalidade das organizações em um mundo da vida em constante evolução. O discurso racional pode proporcionar acordos para maximizar a adequação funcional das organizações.

1 REDUÇÃO DA COMPLEXIDADE, FUNCIONALIDADE E CONFLITO

Queremos discutir neste tópico os conflitos das organizações derivados de sua própria constituição, particularmente a perda da dignidade humana dos participantes dos sistemas e as sobrecargas e atritos com o entorno. O primeiro implica em perdas da dimensão humana da existência e o segundo é causa de não sustentabilidade. A proposta de Luhmann (1997) que entende as organizações

como sistemas de complexidade reduzida em relação ao entorno é a opção teórica escolhida no presente texto.

Luhmann (2011) destaca que a ideia de complexidade deriva das limitações da racionalidade, pois a complexidade questiona o positivismo contido na racionalidade. Neves e Neves (2006) afirmam que para Luhmann complexidade é a totalidade das possibilidades de acontecimentos que podem ser derivadas das infinitas interações entre elementos (comunicações) também infinitos que existem no ambiente. A complexidade se dá pelo fato de que no ambiente, vários elementos podem assumir inúmeras possibilidades de relações, tendo em vista que não há nenhum fator ordenador e, desta forma, aumenta-se a improbabilidade de operacionalização. Luhmann (2007) destaca que a complexidade é uma “unidade de multiplicidades”, ou seja, um elemento pode assumir outras possibilidades que até então não eram previsíveis, assim a complexidade assume o status de uma relação paradoxal.

Para propor certo nível de ordem e com isso possibilitar mecanismos de funcionamento, Kunzler (2004) enfatiza que os sistemas aparecem como uma tentativa de redução da complexidade existente no ambiente, por meio do processo de seleção de possibilidades. Luhmann (1996, p. 133) diante deste fato descreve: “[...] o entorno fue entendido dotado de mucha mayor complejidad que el sistema y, debido a eso, tenía que ser establecida una pendiente de complejidad entre ellos”. O processo seletivo ocorre pelo fato de que o sistema não suporta internalizar toda a complexidade existente no ambiente, pois com isso deixaria de ser sistema. Diante disto há pressão para selecionar determinadas possibilidades.

A partir da seleção de possibilidades, Luhmann discute novamente o tema de complexidade, pois no processo seletivo há possibilidades que não são selecionadas e estas, por sua vez poderiam gerar desdobramentos diferentes dos elementos que foram escolhidos. O processo de seleção se ordena, por meio da contingência que cada sistema apresenta e o processo de contingência se traduz em risco e incerteza (NEVES; NEVES, 2006).

A partir deste ponto pode-se compreender, também, que a complexidade é fruto da incerteza das possibilidades (risco) que há no processo seletivo existente e coordenado pela “contingência do sistema”. Por contingência do sistema entende-se a forma na qual o próprio sistema percebe suas interações com outros sistemas como possibilidades abertas de seleção. Rodríguez e Arnold (1991) afirmam que a contingência contribui para a complexidade já que se relaciona ao “sentido”. Isso quer dizer que, caso o “sentido” existente no sistema não compreenda os elementos existentes na interação entre sistema e ambiente, as possibilidades escolhidas podem não representar os anseios iniciais do sistema, desencadeando problemas de direção e controle para o sistema.

O sentido é o operador das fronteiras, é o diferenciador do sistema e do ambiente. O sentido adotado pelo sistema é que irá ativar o processo de seleção, onde prescreve o que deve ou não fazer parte do sistema, ou seja, a autoreferencialidade. Ele que irá referenciar determinado elemento, pois o mesmo elemento pode ter diferentes significados (LUHMANN, 1995). Um fato relevante da autoreferencialidade é a questão da experiência acumulada, onde ações anteriores de comunicação, acabam por ordenar ou aprimorar o processo seletivo dos elementos futuros (LUHMANN, 1996).

Então podemos resumir que a complexidade para Luhmann ocorre com relação a improbabilidade das possibilidades existentes no processo de seleção destas possibilidades. Ou seja, sempre que há uma infinidade de elementos e relações a serem selecionadas para fazerem parte do sistema, a contingência do sistema, por meio de seu sentido irá selecionar, ignorando outras possibilidades, e estas possibilidades (não selecionadas), por sua vez, poderiam gerar outros elementos e com esta improbabilidade tem-se a complexidade, incerteza.

As organizações são entendidas por Luhmann (1997) como sistema autopoietico que tem como base a decisão. As decisões são tomadas tendo como referência uma construção racional monológica, pois autoreferencialidade sistêmica não permite a interação comunicativa, na verdade ela rompe com o compartilhamento intersubjetivo. Diante disto as regras ou formas de entendimento que são construídas partem de um pressuposto interno ao sistema. Este processo de redução visa obter funcionalidade orientada a fins. A menor complexidade dentro do sistema impõe modos de agir para os seus participantes. Além disso, reduz as possibilidades e capacidades da organização interagir com seu entorno. Isto tem enorme potencial para geração de conflitos.

Siebeneichler (2006) destaca que na teoria luhmanniana as necessidades de comunicação entre os sistemas não residem no meio linguístico da comunicação (linguagem comum) apreensíveis intersubjetivamente. Há uma decisão individualizada sobre o sucesso ou fracasso das “suposições” realizadas autopoieticamente pelos sistemas. A impossibilidade enfatizada pelo autor gerar incompatibilizações de entendimento do ambiente por parte do sistema. O que efetivamente acontece é uma interpretação autorreferente do contato realizado que pode está distorcida da realidade.

A partir das limitações que o sistema passa a adquirir mediante seu processo seletivo de interação com o ambiente e, potencialmente, gerador de conflitos, cabe entendermos como se dá a construção deste conflito. Para a compreensão de tal conflito recorreremos as críticas de Habermas (1992) ao sistemismo luhmanniano. As críticas evidenciam a “insensibilidade” que o mesmo aponta para a realidade existente no mundo da vida que pode ser entendido como o lugar onde as “intersubjetividades” são compartilhadas. Intersubjetividade é compreendida como um entendimento mútuo da sociedade, ou o conceito que ele utiliza

de Durkheim de “consciência coletiva”. Habermas (2000) vê que o funcionalismo sistêmico proposto por Luhmann sela tacitamente o “fim do indivíduo”. Pressupõe-se que as estruturas da intersubjetividade se desintegraram, que os indivíduos foram eliminados do seu mundo da vida e que o sistema social e o sistema pessoal constituem mundos circundantes um para o outro.

A teoria dos sistemas elimina o nível dos sujeitos da ação e, amparada na densificação dos complexos organizatórios, chega à conclusão de que sociedade constitui, uma rede de sistemas parciais autônomos, que se fecham uns em relação aos outros através de semânticas próprias. A interação entre tais sistemas não depende mais das intenções ou dos interesses dos atores participantes, mas de modos de operação próprios, determinados internamente. A menor complexidade dentro do sistema impõe modos de agir para os seus participantes. Um dos processos mais importante na redução da complexidade dos sistemas é a estrutura dos fluxos de informação, reduzindo o papel dos sujeitos da comunicação a meros operadores de uma repetição.

Habermas (1992) diz que há, na modernidade, um desacoplamento entre sistema e mundo da vida, onde desencadeiam-se em incapacidades para os sistemas em entender os acontecimentos ocorridos no mundo da vida, ou seja, no ambiente externo ao próprio sistema. Tal fato acaba por reduzir as formas de integração social, pois a integração passa a ser mediada por sistemas e não mais por pessoas, com as suas intersubjetividades.

A incapacidade dos sistemas, que deriva da sua forma de interação entre o sistema e o seu ambiente, resulta numa forma “codificada” de interação. Pois a linguagem comum, contida no compartilhamento intersubjetivo do mundo da vida, é substituída pelos mecanismos codificadores de interação, os “códigos binários”. Esse fato repercute numa insensibilidade para perceber os efeitos que suas ações são causadas em outros sistemas. Tais concepções são espaços para a crítica de Habermas, pois essa forma de atuação é limitadora, pois a seletividade dos sistemas faz criar um distanciamento da realidade complexa, causando problemas na sociedade. Assim se faz necessário que os impulsos do mundo da vida possam influir no autocontrole dos sistemas funcionais resgatando a complexidade reduzida pela racionalidade sistêmica. Esse intercâmbio é necessário para frear as “patologias sociais” impostas pelo mecanismo monológico de interação existente nos sistemas.

2 CRÍTICA, ENTROPIA E DINÂMICA

A perda da dignidade humana nas organizações tem um sentido mais amplo do que as dinâmicas de domesticação do corpo para o trabalho. Ela inclui os arranhões na própria humanidade dos participantes das organizações, que incluem questões de gênero, raça, credo e liberdade.

O sistema social é uma estruturação simbólica que aparece para os agentes como realidade objetiva, isto é, como uma segunda natureza. É constituído por modos de governança que funcionam a despeito da consciência dos agentes e que constroem e moldam as ações instrumentais e estratégicas dos atores sociais, em que emergem as instituições como conformação de regras de comportamento. No sistema, os agentes atuam com base em regras operacionais, buscando fins exteriores, largamente independentes dos valores e das normas do mundo da vida (PRADO, 1999).

O sistema que busca novas adaptações é o sistema que evoluiu em equilibrar-se dinamicamente, que aprimorou a percepção de que a desordem é inerente à vida e à existência do sistema. Quanto mais próximo ao equilíbrio está o sistema, mais próximo está da sua morte. “A distância do equilíbrio, isto é, a situação de caos, cria a possibilidade de uma nova ordem. O caos é generativo e o princípio das organizações de singularidades e de novidades” (PONCHIROLI, 2007, p. 82).

A entropia é um conceito originado na física para medir o grau de desordem de um sistema e, o Princípio da Máxima Entropia expressa a tendência natural do sistema ao estado caótico, a não ser que algo atue sobre o sistema para evitar isso (CASSETTARI, 2003). A entropia social é relacionada às características intrínsecas do estado do sistema social (STEPANIĆ; SABOL; ŽEBEC, 2005). Sistema social, conforme Luhmann (1995), é um sistema complexo caracterizado por grande quantidade de informação e recursos limitados, que evolui ao responder às influências externas e que internamente tem propriedades de organização, estruturação e seletividade.

Habermas (1987) contrasta dois tipos de organização: aquelas administradas com base em generalizações estratégicas (burocráticas tradicionais) e aquelas que se pautam pela ação comunicativa (informais). As primeiras incentivam manifestações autocentradas e imaturas, sem interesse real no diálogo, enquanto nas organizações mais informais, o mundo da vida dos membros da organização, que nunca é extirpado de todo, penetra na própria realidade organizacional.

Essa permeabilidade se faz presente também na cultura organizacional que é diferenciada em organizações comunicativas, que pressupõem criticidade, diálogo, tolerância ao conflito. “Uma série de mediações permeiam as relações organização/recepção, geram tensões, conflitos, identificações, aderências. É, portanto, importante contemplarmos os aspectos da subjetividade dos sujeitos, ao lado das “colagens” que trazem para a instituição onde atuam” (SÓLIO, 2008).

A redução da complexidade dos sistemas em relação ao entorno torna as organizações um espaço potencial de conflitos internos e externos. Os participantes são sujeitos desses conflitos. A crítica dos participantes tem um sentido entrópico. Isto cria uma dinâmica organizacional que oscila entre inércia e ação,

e desequilíbrio e controle ou mudança. E, aqui se quer avançar rumo a transcender as dualidades, descompactar esse padrão dual e avançar para um processo que ofereça novos insights para gestão organizacional (NUTT, 2003).

Uma das vias para a redução da complexidade do sistema organizacional é o estabelecimento de normas. A maneira como tais normas são construídas, se pelo acordo ou pela imposição, faz diferença no teor dos conflitos existentes. Então, pode-se construir coletivamente normas em uma organização, normas que se unem em uma estrutura cognitiva unitária, de tal forma que uma espécie de mente coletiva possa ser inferida e a partir da qual surge um ente normativo emergente (YOLLES; FINK; DAUBER, 2011).

Como decorrência, são criadas âncoras culturais que permitem o desenvolvimento de normas formais e informais para padrões de comportamento, modos de conduta e expressão, formas de pensamento, atitudes e valores que são mais ou menos aderidos pelos seus membros (YOLLES; FINK; DAUBER, 2011) e cuja dinâmica possui maior ou menor potencial de conflito, isto é, de geração de desordem, dependendo da forma como são toleradas, impostas, desenvolvidas ou tolhidas.

As ações criam e moldam o futuro tanto quanto as inações, assim como os processos e as estruturas que são criados para reduzir a entropia, no entanto, contêm em si mesmos a dinâmica e a evolução, não havendo nada a ser feito para impedir esse movimento. Então, observar uma estrutura ou um processo e negligenciar o movimento implícito que carregam é imprudente (NUTT, 2003). Apropriado é compreender esses atributos e fazer uso deles para favorecer os processos necessários às organizações, conforme o contexto de tempo e de objetivos em que se encontram.

As dinâmicas organizacionais têm sempre potencial entrópico, seja pelos atritos e sobrecargas em relação ao entorno, seja por ignorar os limites de sua capacidade de existir de modo eficaz e sustentável. O risco de dissolução das funcionalidades está sempre presente.

Yolles, Fink e Dauber (2011) indicam que em ambientes coletivos como as organizações, variáveis sociocognitivas se desenvolvem através de experiências socioculturais, em que se distinguem: a) capacidades cognitivas: tais como habilidades, competências e estruturas de conhecimento que foram sedimentadas a partir das situações reais vivenciadas; b) processos auto-reflexivos: permitem que as pessoas desenvolvam crenças sobre si mesmas dentro de contextos sociais; c) processos regulatórios nos quais as pessoas formulam metas, padrões e motivações para resultados identificáveis.

As estruturas internas de entendimento pressupõem um conjunto de variáveis interagentes (e não independentes). Tais estruturas entram em cena à medida que interagem com as configurações e os desafios que compõem o seu dia

a dia. Nessa dinâmica interacional percebe-se auto-reflexão e auto-regulação, mas também a ocasião para a mudança, por meio da auto-organização (YOLLES; FINK; DAUBER, 2011).

O discurso e as relações intersubjetivas ocorrem no sistema em um tempo conhecido (in)determinado. Há o tempo percebido como reversível naquilo que é repetitivo e sincrônico, que cria segurança e confiança na organização por causa das relações rotineiras; é o tempo da estrutura e estabilidade, é um redutor de complexidade. É essa sincronicidade que possibilita que o sistema seja percebido, pois é responsável por manter sua identidade: o sistema faz algo e, ao fazê-lo, ele se faz (LE MOIGNE, 1990, p. 22 apud TARRIDE; ZUÑIGA, 2010, p. 1119).

Por outro lado, há o tempo irreversível ou diacrônico, que é o criador da complexidade, e é aquele que obriga a agir, a decidir com base em premissas nunca completamente confiáveis, é aquele que na ação transforma a incerteza em risco (LUHMANN, 1997). Esse tempo complexo aponta um caminho de risco e incerteza, onde o planejamento e o controle organizacional parecem ilusões ou utopias, seja das variantes tecnocráticas ou democráticas; no primeiro caso, aqueles que dispõem de tempo para realizar essas funções também fixam prazos que deformam preferências e objetivos, enquanto no segundo caso, atividades urgentes a serem realizadas perturbam os processos emancipatórios da sociedade em prol da igualdade e da liberdade (TARRIDE; ZUÑIGA, 2010).

Os discursos argumentativos, no sentido habermasiano, pretendem ser uma maneira de responder a situações em que pressupostos tradicionais se perderam ou se tornaram problemáticos, e em que um consenso não pode mais ser assumido (KELLY, 2006). Aí está o limite da problematização que é o fio condutor da resolução dos conflitos em prol do consenso. A ética do discurso é neutra perante toda a constelação de valores, mas não o é frente à razão prática propriamente dita (HABERMAS, 2000). E a razão prática, para se qualificar como tal, é capaz de submeter diferentes pontos de vista ao questionamento crítico. Isso significa que a discussão é pautada em argumentos e convicções que tem potencial de consenso. A construção do acordo deriva de um processo de uso da razão prática (KELLY, 2006).

A vida se sustenta enquanto capacidade de manter a estrutura frente à pressão e ao desgaste da entropia, da morte. A entropia pode ser vista como uma medida do próprio tempo. Apesar de não permitir uma previsibilidade quanto ao momento exato em que a entropia de um dado sistema atingirá dado nível de degradação (por causa da própria indeterminação entrópica), nós podemos observar um sentido único, irrevogável, no fluxo temporal, dado pela entropia crescente de um sistema (STAHEL, 1994). Então cabe a pergunta: quanto se pode conversar e criticar antes que a entropia se torne nefasta e destrutiva?

De fato, prestar atenção às complexas camadas de pensamento aumenta as chances de engajamento genuíno e potencialmente transformador, tanto com os outros - incluindo, mas não apenas, no nível de "argumento, racionalidade, linguagem ou pensamento consciente" (CONNOLLY, 1999, p. 36). A cristalização de conceitos, diretamente relacionada à entropia e à degeneração das relações, pode comprometer ou dificultar o fluxo dos processos e as relações interpessoais e, por consequência, a produtividade e a qualidade, condições de sobrevivência de qualquer organização (SÓLIO, 2008).

Para essas situações mais complexas, Connolly (1999) propõe um discurso mais robusto, ambíguo e multivalente, encorajando os participantes a trabalhar não em um, mas em várias dimensões da reflexividade em si mesmos e no envolvimento uns com os outros. Isso desafiaria aqueles com forte crença na "força do melhor argumento" tanto quanto aqueles cujas reflexões sobre a moralidade são baseadas em outras fontes "inquestionáveis" - e não há garantia de que isso geraria um acordo ou um consenso. Se formos sérios em explorar como seria uma "boa razão", não há como reconhecer que o raciocínio é mais complexo e menos "racional" do que muitos modelos de deliberação assumiram. E embora esse reconhecimento possa tornar ainda mais difícil determinar o que conta como uma "boa razão", isso por si só pode encorajar o desenvolvimento de uma ética positiva de engajamento e generosidade (KELLY, 2002).

A interação social não é meramente mecânica, mas constitutiva das partes que interagem, as quais se transformam no processo. Mais do que isso, o meio por excelência de interação social é a comunicação que envolve, além da transmissão de informação, o vínculo intersubjetivo (PRADO, 1999).

Tal como Stahel (1994) disserta sobre a biosfera, dissertamos aqui sobre o sistema complexo da organização. O sistema se afirma enquanto capaz de resistir frente à degradação entrópica. O sistema assegura sua sobrevivência pela busca da estabilidade e da manutenção do nível de baixa entropia. A capacidade de resistência frente à ação entrópica e a manutenção da estabilidade do sistema residem na sua capacidade de se regenerar, reciclar, adaptar. Emerge mais um atributo dos sistemas complexos e sua forma de se relacionar com a entropia: seu grau de resiliência.

A insustentabilidade da entropia gerada pela conversa e pela crítica surge quando a degradação entrópica gerada se sobrepõe à capacidade do sistema de assegurar ou de restaurar o estado de baixa entropia, isto é: a base do entendimento e do consenso vai se reduzindo.

Tensões não gerenciadas podem levar à entropia, com dissolução do esforço e perda de foco, com possibilidade de ocasionar declínio organizacional. A tensão e o conflito em várias formas são inerentes e servem de impulso à mudança quando atingem um determinado nível (NUTT, 2003). Considera-se que o discurso é o processo que visa a construção de entendimento a partir das dife-

renças e que tem o potencial de gerar acordos autênticos, inovativos e sustentáveis.

3 DISCURSO, ENTENDIMENTO E ACORDO

O agir comunicativo é expressão da humanidade dos participantes das organizações e o uso do seu modo especial “Discurso” traz em si a possibilidade de construção de acordos. Habermas diz que a linguagem tem a potência de entendimento entre sujeitos. Compreender a linguagem é necessário para entender os sistemas sociais porque a linguagem é essencialmente constitutiva da realidade institucional (SEARLE, 1995) e a comunicação se refere a um processo multifacetado de influência humana, que opera de forma reflexa e recursiva (BRADFORD, 2012).

A organização consiste em um sistema que possui complexidade intencionalmente reduzida, mas que deliberadamente necessita de entropia controlada para sua sobrevivência, sustentabilidade, qualidade e inovação.

O discurso, então, pode ser uma opção racional e pragmática para a administração das organizações e, torna-se necessária quando se critica as finalidades ou se quer melhorar ou inovar a agenda dos sistemas (LIMA ET AL., 2018, p. 25).

A subjetividade é condição necessária para se desenvolver a intersubjetividade, que por sua vez formata a entropia. A intersubjetividade deriva da associação de diferentes conjuntos de subjetividades, nos quais há conflito. Em um sistema complexo que se vale da desordem controlada para se desenvolver, a existência de conflito precede o entendimento.

Propõe-se que o entendimento seja a via para equacionar complexidade, entropia e mudança, em que “a abertura à crítica é o caminho para ampliar o campo perceptivo das organizações, pois a partir da construção de um entendimento baseado na discursividade, há uma tentativa de estabelecimento de uma “ponte” com a complexidade excluída e existente no mundo da vida” (LIMA ET AL., 2018, p. 23).

Inovar é diferenciar-se. Diferencia-se mediante a particularização. Se a universalidade de todas as organizações são as funções que devem cumprir para manter sua viabilidade, então a particularidade são as relações sociais que condicionam essa viabilidade e que aparecem na linguagem cotidiana. Tanto o paradigma mecanicista quanto o sistêmico utilizam a linguagem formal, universal, sem dar espaço ao ordinário ou à linguagem cotidiana (TARRIDE; ZUÑIGA, 2010). Já na perspectiva da complexidade, é a linguagem humana em geral que une o particular ao universal de maneira dialógica (HABERMAS, 1982) e, ainda que cotidiana, possibilita a inovação.

Ao dar espaço para a auto-reflexão, a manifestação e o entrelaçamento de subjetividades, vai se criando um novo sentido rumo à intersubjetividade, à medida em que a história se desenrola. Esse processo formativo conduz a todos, em que

somos, por certo, atores e críticos numa e na mesma experiência. No fim o sentido do próprio processo deve poder chegar criticamente à consciência, a nós que estamos envolvidos no drama da nossa própria história-da-vida; o sujeito deve poder narrar sua própria história e ter compreendido as inibições que lhe estavam postas no caminho de auto-reflexão. O estado definitivo de um processo formativo só está, assim, alcançado quando o sujeito se recorda de suas identificações e alienações, de suas objetivações impostas e de suas reflexões conquistadas, como caminhos através dos quais ele tem se constituído” (HABERMAS, 1982, p. 2’6).

Por conseguinte, a linguagem com categorias intersubjetivas, universais, permite comunicar uma experiência particular a todos os ouvintes, viabiliza comunicar do particular para o universal. Essa relação dialógica não se desenvolve em linguagens puras ou formais, como a matemática, nem naquelas que usam conceitos mestres como forma de síntese, como dinheiro e poder. Em um sistema complexo, não é possível evitar o indivíduo e sua linguagem comum, é necessário reconhecer a articulação entre a linguagem formal e a comum que, por sua vez, expressa a linguagem dialógica do universal e do particular em uma organização (TARRIDE; ZUNIGA, 2010).

Há uma força normativamente vinculante inerente à linguagem e à comunicação. As relações humanas, mediadas simbolicamente na comunicação, implicam alguns compromissos mínimos, isto é, obrigações irreversíveis do falante (HABERMAS, 1987; SEARLE, 1995).

É o diálogo que permite a comunicação entre as pessoas e sua articulação em um sistema de papéis – que estruturam as organizações. Isso se deve ao fato de as pessoas usarem suas próprias experiências quando interagem, de um mundo subjetivo ao qual somente o falante tem acesso privilegiado (Habermas, 1987). Parte-se de vivências individuais para a criação de experiências coletivas e compartilhadas por meio do discurso e do entendimento que, por sua vez, estabelecem a dinâmica ignescente que origina a inovação.

O discurso entre os participantes das organizações tem potencial para ação e mudança. O discurso tem força anti-inercial e para harmonização das organizações, tanto para o controle quanto para as mudanças sob forma de melhoria e de inovação. Neste sentido o discurso é fundamental para adequada funcionalidade das organizações em um mundo da vida em constante evolução. Os acordos pelo discurso proporcionam adequação funcional.

O princípio entrópico dos sistemas fechados cede lugar à entropia negativa dos sistemas abertos para transformá-los na entropia unitária dialógica, em

que cada um reivindica o outro por sua compreensão. Assim, os conceitos de ordem, desordem, interação e organização precisam uns dos outros para serem definidos, para torná-los inteligíveis e úteis na complexa compreensão da realidade (TARRIDE; ZUÑIGA, 2010). O grande objetivo do entendimento é possibilitar uma autocompreensão sistêmica, que seja construída dialogicamente entre seus participantes (LIMA ET AL, 2018, p. 24) tornando-se o processo de harmonização após o conflito.

É essa atitude dos participantes em uma interação mediada pela linguagem que possibilita uma relação do sujeito consigo mesmo distinta daquela mera atitude objetivamente adotada por um observador em face das entidades no mundo. A relação interpessoal é estruturada pelo sistema de perspectivas reciprocamente cruzadas de falantes, ouvintes e presentes, ainda que não participantes no momento (HABERMAS, 2002, p. 414-415).

Os atores agem comunicativamente buscando encontrar uma definição comum para sua situação, assim como, em se entender sobre temas e planos de ação existentes interna e externamente a organização (LIMA ET AL, 2018, p. 24). “No paradigma do entendimento recíproco é fundamental a atitude performativa dos participantes da interação que coordenam seus planos de ação ao se entenderem entre si sobre algo no mundo (HABERMAS, 2002, p. 414).

Fica assim premente a importância do entendimento para a inovação, mediante processo comunicativo das organizações, tendo em vista que sua evolução disso depende. O entendimento é a chave da mudança, pois os sistemas são autopoieticos, ou seja, produzem as próprias mudanças (LIMA; LIMA; GÜNTHER, 2018, p. 107).

Mudanças, tais como a inovação e o aprendizado, estão sempre presentes como um agente de influência e podem ser reveladas pelos processos. Os processos descrevem como os envolvidos aprendem e como coevoluem em direção à compreensão ou ao conflito. O processo de aprendizagem pode revelar oportunidades para intervenção em prol do aumento do movimento em direção a um estado desejável (NUTT, 2003).

No discurso, ao se entenderem sobre algo no mundo, falante e ouvinte movem-se no interior do horizonte de seu mundo da vida comum; este permanece às costas dos implicados como um pano de fundo holístico, intuitivamente conhecido, não problemático e indissolúvel. A situação de fala é um recorte, delimitado em função de um determinado tema, de um mundo da vida que tanto constitui um contexto para os processos de entendimento como coloca recursos a sua disposição (HABERMAS, 2002, p. 416).

Ambientes são internamente determinados através de longas e complexas cadeias de interação e, entender esses processos é entender a mudança. Uma tensão entre os opostos pode ser encontrada na raiz de todas as mudanças. Para

entender como as organizações mudam, essa dinâmica de tensões, como equidade e eficiência, deve ser entendida como uma causalidade autogeradora e mutuamente causal e não uma simples causalidade (NUTT, 2003).

A razão comunicativa, em seu caráter puramente procedural, imediatamente se entrelaça no processo social da vida porque os atos de entendimento recíproco assumem o papel de um mecanismo de coordenação da ação. O tecido das ações comunicativas nutre-se dos recursos do mundo da vida e, concomitantemente, constitui o meio através do qual as formas concretas de vida se reproduzem (HABERMAS, 2002, p. 439).

Nesse espaço transigente em que coexiste o conflito e o entendimento, aquele como gênese deste, muitas vezes a organização intervém para regular, especialmente quando há menor grau de tolerância ao processo do discurso. Quanto mais forte ou mais forçada a regulação, mais vigorosas as forças opostas que ela evoca. A resolução dessas forças cria uma nova estrutura, produzindo novas formas de oposição. A análise desse processo revela as forças atuantes que alteram uma organização (NUTT, 2003).

Daí depreende-se que a limitação do entendimento que se encontra nos sistemas organizacionais nada mais são do que consequência de um processo de racionalização imposto que visa a reduzir a complexidade existente nas interações (LIMA; LIMA; GÜNTHER, 2018, p. 108-109).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crítica dos participantes das organizações e o discurso em torno dos conflitos são fundamentais para regular a complexidade dos sistemas, contribuindo para a humanização das relações internas e para a sustentabilidade das organizações em relação ao seu entorno. Crítica e discurso compõem a administração de organizações para a melhoria de processos, a inovação e o bem-estar.

Luhmann afirma que a redução da complexidade do sistema em relação ao entorno se faz a partir de escolhas orientadas para finalidades. Estas escolhas são a própria definição da estrutura das organizações e de suas atribuições. As escolhas dos participantes dos sistemas reduzem a dimensão da sua existência a um acoplamento com trabalho, atribuições e tarefas.

As escolhas nos sistemas podem também resultar em atritos e sobrecargas em relação ao entorno. O sistema que se fecha e faz auto referência ainda tem relações com o entorno que são vitais para sua sustentabilidade socioambiental. Assim, os sistemas devem se orientar produzir e manter a sua sustentabilidade. No mundo da vida em transformação, e de recursos escassos e finitos, as organizações devem incluir na sua agenda a própria viabilidade e manutenção.

A crítica nas organizações tem um sentido originalmente entrópico e uns dos desafios da sua administração é equacionar o máximo de liberdade de expressão e discussão com a manutenção dos limites do sistema. Tudo deve ser possível, menos a destruição entrópica do sistema.

A dinâmica organizacional oscila entre as reuniões criativas para decidir os fins e a rentabilidade dos meios e a execução dos ciclos operacionais repetitivos que garantem os níveis de produtividade. Os gerentes e os quadros intermediários mediam estas relações entre o topo e a base. A liberdade e o grau de horizontalidade definem as condições do uso da linguagem, do discurso e da construção de acordos.

Habermas afirma que existem limites para o agir comunicativo, incluindo a emergência de conflitos entre os sujeitos. O uso de um modo especial de agir comunicativo, que é o Discurso, parece ser eficaz para a reconstrução da racionalidade ameaçada ou tornada ilegítima pela crítica. O entendimento é a reconstrução intersubjetiva da racionalidade, que sustenta acordos teóricos e práticos.

REFEFÊNCIAS

BAILEY, K. D. System entropy analysis. *Kybernetes*, v. 26, n. 6/7, p. 674-688, ago. 1997. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1108/03684929710169852>.

CASSETTARI, A. O princípio da máxima entropia e a moderna teoria das carteiras. *Revista Brasileira de Finanças*, v. 1, n. 2, p. 271-300, dez. 2003.

CAVALCANTI, C. *Desenvolvimento e natureza: Estudos para uma sociedade sustentável*. INPSO/FUNDAJ, Instituto de Pesquisas Sociais, Fundação Joaquim Nabuco, Ministério de Educação, Governo Federal, Recife, Brasil. Outubro, 1994. Disponível em: <http://168.96.200.17/ar/libros/brasil/pesqui/cavalcanti.rtf>

CONNOLLY, W. *Why I Am Not a Secularist*. Minneapolis MN: Minnesota University Press, 1999.

HABERMAS, J. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

_____. *Teoría de la acción comunicativa*, v. I e II. Madrid: Taurus, 1987.

_____. *Teoría de la acción comunicativa*, II: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1992.

_____. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

KELLY, U. *Discourse Ethics and 'the Rift of Speechlessness': The Limits of Argumentation and Possible Future Directions*. *Political Studies Review*, v. 4, n. 1, p. 3-15, jan. 2006. <http://dx.doi.org/10.1111/j.1478-9299.2006.00033.x>.

LIMA, C. R. M.; KEMPNER-MOREIRA, F.; GÜNTHER, H. F.; LIMA, J. R. T. A. Competência comunicativa na administração discursiva de organizações. *Informação@Profissões*, v. 7, n. 1, p. 3-30, 2018.

LIMA, C. R. M.; LIMA, J. R. T.; GÜNTHER, H. F. Discurso prático, aprendizagem e desenvolvimento em organizações. *Gestão & Aprendizagem*, v. 7, n. 2, p. 99-111, 2018.

LUHMANN, N. *Social systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

_____. *Introducción a la teoría de sistemas*. México: Antrhopos, 1996.

_____. *Organización y decisión*. Autopoieses, acción y entedimiento comunicativo. México: Anthropos, 1997.

_____. *La sociedad de La sociedad. Ciudad de México*. Editora Herder, 2007.

_____. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

NEVES, C. E. B.; NEVES, F. M. *O que há de complexo no mundo complexo?* Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 15, p. 182-207, jan/jun. 2006.

NUTT, P. C. Implications for organizational change in the structure process duality. *Research in Organizational Change and Development*, v. 14, p. 147-193, 2003.

KUNZLER, C. de M. Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 9, n. 16, p. 123-136, 2004.

ROGRÍGUEZ, D.; ARNOLD, M. *Sociedad y Teoría de sistemas*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1991.

SIEBENEICHLER, F. B. O direito das sociedades pluralistas: entre o sistema imunizador luhmanniano e o mundo da vida habermasiano. In: SIEBENEICHLER, F. B. *Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas: entre apel e habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 39-60.

SÓLIO, M. B. Comunicação e poder nas organizações. *Em Questão*, Porto Alegre, v. 14, n.2, p. 207 - 222, jul./dez. 2008.

STAHEL, A. W. Capitalismo e entropia: os aspectos ideológicos de uma contradição e a busca de alternativas sustentáveis. In: CAVALCANTI, C. *Desenvolvimento e natureza: Estudos para uma sociedade sustentável*. INPSO/FUNDAJ, Instituto de Pesquisas Sociais, Fundação Joaquim Nabuco, Ministério de Educa-

ção, Governo Federal, Recife, Brasil. Outubro, 1994. Disponível em:
<http://168.96.200.17/ar/libros/brasil/pesqui/cavalcanti.rtf>

STEPANIĆ, J.; SABOL, G.; ŽEBEC, M. S. Describing social systems using social free energy and social entropy, *Kybernetes*, v. 34, n. 6, p.857-868, 2005.

VIEIRA, J. M. Transição para a vida adulta no Brasil: análise comparada entre 1970 e 2000. *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 25, n. 1, p. 27-48, 2008.

YOLLES, M.; FINK, G.; DAUBER, D. Organisations as Emergent Normative Personalities: Part 1, the Concepts, *Kybernetes*, v. 40, n. 5-6, p. 635-669, 2011.

TARRIDE, M. I.; ZUÑIGA, M. Requirements of complexity for complex organizational conceptions. *Kybernetes*, v. 39, n. 7, p. 1112-1127, 2010.

RACISMO EM FOUCAULT, A NOÇÃO DE INIMIGO PÚBLICO E O PAPEL DA MÍDIA

Anna Carolina Cunha Pinto

*Mestra em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense,
Niterói, Brasil,
annacarolinapinto@id.uff.br*

Luís Antônio Cunha Ribeiro

*Professor do Departamento de Filosofia e do Programa de Pós Graduação em Sociologia e
Direito, Niterói, Brasil
lularib@hotmail.com*

Cristina Leite Lopes Cardoso

*Doutora em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense,
Niterói, Brasil,
criskikacardoso@yahoo.com.br*

RESUMO

Através da análise do racismo em Foucault e da biopolítica em Agamben, bem como da noção de inimigo público pautado por autores da criminologia, como por exemplo Zaffaroni, observamos de que maneira a mídia, apresentando a visão de Chomsky, contribui para a governamentalidade das massas e para o exercício da necropolítica que hoje explicitamente encontra-se em operação no Brasil.

Palavras-chave: Racismo; Inimigo; Mídia; Biopolítica; Necropolítica.

INTRODUÇÃO

Michel Foucault apregoa na obra *Em Defesa da Sociedade* a existência de um racismo de Estado, cuja essência não está diretamente relacionada ao aspecto étnico e sim ao biológico. O estabelecimento de uma cesura do tipo supostamente biológico no interior de domínio biológico, que é a população, permitirá ao poder tratá-la como uma mistura de raças e criar subgrupos dentro da espécie. A referida fragmentação alude ao conceito agambeniano de fratura do povo e é a função primeira do racismo em Foucault. O biopoder dirige-se a estas vidas e com elas se relaciona também de forma positiva através da noção de que “quanto mais você deixar morrer, mais, por isso mesmo, você viverá”. Em outras pala-

vras, isso significa dizer que operar a morte de um subgrupo eleva as condições de vida do outro. Para operacionalizar, nos dias de hoje, o racismo como condição para o exercício do assassinio, direto ou indireto (este último compreendido como a exposição à morte), é preciso, como assevera Chomsky em *Mídia: Propaganda política*, manipular, criar um monstro imaginário e campanhas para destruí-lo, afinal, as pessoas precisam ser instigadas através do amedrontamento para apoiar medidas extremas como a tortura e a morte de seus pares. A mídia, nesse contexto, assume papel fundamental de difusão das informações que corroboram com a necessária imagem de inimigo público, isto é, do indivíduo a ser combatido para a manutenção do bem-estar social, construção esta já afirmada dentro da criminologia.

1. RACISMO DE ESTADO: EM DEFESA DE QUAL SOCIEDADE?

O curso ministrado por Foucault em 1975-1976 no Collège de France resultou na obra *Em defesa da sociedade* (2010). No bojo dos ensinamentos do aludido curso é que se encontra a contribuição foucaultiana para a questão do racismo, tema deste trabalho.

De plano é importante distinguir o racismo que estamos tratando aqui daquele que tradicionalmente permeia nossas discussões cotidianas e que, infelizmente, se faz presente com constância em nosso dia a dia. Quando trata de racismo, Foucault se debruça sobre o racismo de ordem biológica e não étnica. As reflexões que propõe estão relacionadas ao antissemitismo na Alemanha, isto é, uma questão distinta da experimentada no Brasil.

Contudo o pensamento de Foucault sobre o racismo de Estado possui, ressalvadas as distinções, pertinência para pensar o que se vive no Brasil hoje e que está ligado ao nosso modo de compreender o racismo, tomando por mote um viés étnico, racial mesmo. Foucault leciona que:

Com efeito, o que é o racismo? É, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer. No contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. Em resumo, de estabelecer uma cesura que será do tipo biológico no interior de um domínio considerado como sendo precisamente um domínio biológico. Isso vai permitir ao poder tratar uma população como uma mistura de raças ou, mais exatamente, tratar a espécie, subdividir a espécie de que ele se incumbiu em subgrupos que serão, precisamente, raças. Essa é a primeira função do

racismo: fragmentar, fazer cesuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder (FOUCAULT, 2010, pp.214-215).

O estudo da história brasileira nos permite a compreensão, especialmente quando pautada pelo viés decolonialista, de que em virtude da mentalidade vigente na sociedade escravagista que funda a nossa formação social, a vida do negro vale menos do que a vida do branco. Isto em razão do fato de que por séculos sua humanidade foi ignorada, sendo equiparada pelo Direito à uma propriedade do branco (PINTO, 2018, p. 18). Além do tratamento empregado aos negros desde sua chegada compulsória ao Brasil e do fato de aqui estarem, naquela ocasião, para serem escravizados, houve também um grande esforço das elites locais - que, logicamente, eram exclusivamente brancas- com fins de promover o embranquecimento da população brasileira (PINTO, 2018, p.24). Isto assentava-se na noção de que nossa população era “feia e geneticamente inferior por causa da presença do sangue negro africano. Necessitava, conforme a receita de Arthur de Gobineau (...) fortalecer-se com a ajuda dos valores mais altos das raças européias” (NASCIMENTO, 1978, p.70).

O auge desse esforço, irônica, mas não inocentemente, foi percebido quando a escravidão foi abolida. Nesta ocasião o enorme contingente de indivíduos de pele negra que trabalhava compulsoriamente no seio da sociedade escravista, teve seus postos de trabalho, agora remunerados, ocupados pelos imigrantes europeus (MARINGONI, 2011, p.40). Ao passo que os últimos contaram com grande incentivo estatal para vir e se instalar no Brasil (PINTO, 2018, p.28), aos negros foi destinado o abandono, o encarceramento e as estratégias de imobilismo social que ecoam, ainda hoje, em nossa sociedade.

Este breve apanhado de fatos históricos demonstra a cesura entre o povo brasileiro desde sua origem. Quem aborda de forma bastante didática tal assunto é Giorgio Agamben quando discorre sobre a cisão ou a fratura do povo. O uso dessa técnica biopolítica (ou tanatopolítica ou necropolítica) que permite a suspensão dos direitos, possibilita a dominação, cria, por estar externamente ao Direito, um indivíduo-objeto, disponível, descartável “juridicamente inominável e inclassificável” (AGAMBEN, 2004, p.13).

Giorgio Agamben assevera que povo “é aquilo que, para ser, deve negar, com seu oposto, a si mesmo” (AGAMBEN, 2015, p. 37), ou seja, para que haja um Povo (em letras maiúsculas propositadamente) é preciso também haver em si a chamada fratura biopolítica fundamental geradora do povo (agora com letras minúsculas).

É ela, a fratura biopolítica fundamental, que irá separar o soberano da vida nua, como no trocadilho feito com o ditado popular “manda quem pode, obedece quem tem juízo”, ou seja, manda quem pode e quem pode mandar é o soberano, portanto, é o soberano quem irá decidir e azar de quem figurar na

posição do Outro dentro dessa dialética. Achille Mbembe tece simples e clara compreensão disso na obra *Necropolítica*:

A percepção da existência do Outro como um atentado contra minha vida, como uma ameaça mortal ou perigo absoluto, cuja eliminação biofísica reforçaria meu potencial de vida e segurança, é este, penso eu, um dos muitos imaginários de soberania, característico tanto da primeira quanto da última modernidade. (MBEMBE, 2018, p. 20)

É por isso, segundo explica Giorgio Agamben (2015, p. 35), que se diz que na constituição da espécie humana, num corpo político, reconhecemos “pares categoriais” que definem essa estrutura política original como sendo: a) vida nua (*povo*) versus existência política (*Povo*), b) exclusão versus inclusão e c) *zoé* versus *bíos* e, por que não: d) Uns versus Outros? (CARDOSO, 2019).

Esta fragmentação relaciona-se, portanto, com a noção de que quanto mais você fizer morrer, mais você viverá. É o que apregoa Foucault ao discorrer sobre a segunda função do racismo:

De outro lado, o racismo terá a sua segunda função: terá como papel permitir uma relação positiva, se vocês quiserem, do tipo: “quanto mais você deixar morrer, mais, por isso mesmo, você viverá”. Eu diria que essa relação (“se você quer viver, é preciso que você faça morrer, é preciso que você possa matar”) afinal não foi o racismo, nem o Estado moderno, que inventou. É a relação guerreira: “para viver, é preciso que você massacre seus inimigos”. Mas o racismo faz justamente funcionar, faz atuar essa relação tipo guerreiro – “se você quer viver, é preciso que o outro morra” – de uma maneira que é inteiramente nova e que, precisamente, é compatível com o exercício do biopoder. De uma parte, de fato, o racismo vai permitir estabelecer, entre a minha vida e a morte do outro, uma relação que não é uma relação militar e guerreira de enfrentamento, mas uma relação do tipo biológico: “quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie, mais eu – não enquanto indivíduo mas enquanto espécie – viverei, mais forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei proliferar”. A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura. (FOUCAULT, 2010, p.215)

A atuação desse mecanismo só é possível porque os inimigos se configuram como perigos em relação à e para a população. Dentro do sistema de biopoder, afirma Michel Foucault, tirar a vida de outrem só é admissível com fito de preservar e fortalecer uma raça e evitar, assim, sua eliminação. Desse modo, afirma Foucault que “a raça, o racismo, é a condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização” (FOUCAULT, 2010, p.215). Com outras palavras, podemos afirmar, assim, que a função assassina do Estado ou exercício

do velho direito soberano de matar, na lógica do biopoder, deve passar pelo racismo (FOUCAULT, 2010, p.216).

Tomando por mote, mais uma vez, o cenário brasileiro vemos que o fator biológico, considerada a trajetória histórica brevemente esboçada acima, nos permite afirmar que o racismo é legitimador de mortes. Como o próprio Foucault apregoa na aula de 21 de janeiro de 1976: “o racismo serve à estratégia global dos conservadorismos sociais”(FOUCAULT, 2010, p. 52). Isto se evidencia quando da análise de autos de resistência lavrados na cidade do Rio de Janeiro: a maioria de suas vítimas são negras, pobres, jovens e estão nas periferias (PINTO, 2018, pp. 106-107).

Para Foucault existe além do assassinio direto, isto é, aquele que resulta efetivamente na perda da vida de um indivíduo, o assassinio indireto. Este último consiste para o filósofo no “fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc” (FOUCAULT, 2010, p. 216). Considerando esta possibilidade do assassinio indireto, podemos entender que a mídia contribui muitíssimo ao produzir inimigos públicos para a morte indireta de várias pessoas.

2. O ASSASSÍNIO INDIRETO: O PAPEL DA MÍDIA NA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DESVIANTE

O assassinio indireto apresentado por Foucault como uma outra forma de morte, a morte em vida, costuma estar associado a uma relevante contribuição midiática. A construção da imagem do inimigo público que será estudada no tópico seguinte, se pauta pela disseminação do medo. Como Noam Chomsky apregoa “as pessoas não vêem motivo para se envolver em aventuras externas, mortes e tortura. Portanto você tem de instigá-las. E para instigá-las é preciso amendrontá-las”(CHOMSKY, 2018, p.31). A mídia, por meio de seus muitos veículos, é o difusor ideal desse medo que precisa ser constantemente renovado em uma batalha de caráter permanente em prol do que o autor chama da domesticação do rebanho desorientado (CHOMSKY, 2018, p. 33).

O discurso que utilizado, por exemplo, na seara da segurança pública para validar violentas incursões policiais em comunidades periféricas é o da guerra às drogas. As periferias são tidas como lócus do perigo e sua população, constantemente associada à criminalidade, é perseguida e vista de forma pejorativa (PEDRINHA, 2018, p. 29). Os jornais recorrentemente estampam notícias que reforcem esse clima de guerra e a imagem da favela como um espaço quase que exclusivo da criminalidade. Como se naquela comunidade houvesse um governo paralelo ao do “asfalto”, com leis próprias e que isto contasse com a adesão de seus moradores em detrimento do que era pra ser o governo de todos e o ordenamento jurídico de todos – afinal, o próprio Estado é o primeiro a excluir da

zona de suas responsabilidades tais espaços, historicamente segregados, isto é, postos à margem de sua atenção.

Entretanto, ainda que postos de lado pelo Estado, muitos destes sujeitos que são associados à criminalidade de forma preconceituosa adotam um discurso conservador que defende, justamente, operações violentas, mortes daqueles que são considerados suspeitos e coisas do gênero. A última eleição brasileira é um demonstrativo disto: a vitória com larga vantagem de candidatos como Jair Messias Bolsonaro, Wilson Witzel e outros tantos com similaridade nos discursos de desprezo aos direitos humanos e de um recrudescimento do Estado Penal, bem como de ações questionáveis como o uso de snipers para dar “tiro na cabecinha” de indivíduos suspeitos corrobora com a escolha desse discurso que agrava a condição de vida daqueles que residem em espaços periféricos já marcados pela gravidade da violência empreendida contra seus moradores que, não raro, resulta na morte de pessoas inocentes, incluindo crianças, em situações que, definitivamente, não podem ser equiparadas às de um confronto.

Tal atitude, expressão livre das pessoas, tem relevância dentro de uma análise biopolítica de manipulação de subjetividades e que resvala na necessidade apontada por Noam Chomsky de “enfiar goela abaixo os programas domésticos com os quais a população não concorda, porque não há nenhuma razão para que ela seja favorável a programas domésticos que as prejudiquem. Isto também implica muita propaganda”.(CHOMSKY, 2018, p.32).

Quando Chomsky aborda em *Mídia: Propaganda política e manipulação* o que denomina por Síndrome do Vietnã ele menciona Norman Podhoretz, intelectual pró-Reagan, que definia esta síndrome do começo dos anos 1970 como “restrições doentias ao uso do poder militar” que eram compartilhadas, segundo Chomsky, por grande parte da população. Amparado por Goebbels, Chomsky explica o temor de Podhoretz: é muito perigoso que a população se apegue a essa sorte de restrição já que ela impõe um limite ao governo e frustra pretensões das elites domésticas e sua sede de dominação dos mais pobres (CHOMSKY, 2018, pp. 34-35). O abandono dessa síndrome era fundamental. De igual modo:

É necessário, também, falsificar completamente a história. Essa é outra maneira de superar as tais restrições doentias: passar a impressão de que quando atacamos e destruímos alguém, na verdade estamos nos protegendo e defendendo de agressores e monstros perigosos, e assim por diante(CHOMSKY, 2018, p.36)

Na supracitada obra, Noam Chomsky foca suas reflexões sobre o papel da mídia na manipulação social em episódios, como o acima mencionado, que envolvem a política norte-americana e sua mídia. Entretanto é notável que, reservadas as nuances próprias de cada contexto, o que Chomsky debate nesta obra é verificado em outros países, como é o nosso caso. O autor menciona a

necessidade de criar novos inimigos a todo tempo e elenca figuras como os rusos, os terroristas internacionais e narcotraficantes que foram fortemente divulgados pela mídia em tal condição de inimigo dos Estados Unidos. Tal estratégia, assevera:

assusta e aterroriza a população, intimidando-a a tal ponto que ela fica com medo de viajar e se encolhe apavorada(...). Essa é uma das maneiras de evitar que o rebanho desorientado preste atenção no que realmente está acontecendo ao seu redor, uma maneira de mantê-lo distraído e sob controle (CHOMSKY, 2018, p.45)

Consoante aos ensinamentos de Noam Chomsky, em uma rápida rememoração podemos identificar inúmeros episódios nos quais a mídia serviu como ferramenta de manipulação de subjetividades, gerando medo e uma sensação de que a segurança de uns demanda o aniquilamento de outros. Mas, quem são os outros? Quem é considerado pela mídia e pelo Estado como inimigo público?

3. QUEM SÃO OS DESVIANTES DA MÍDIA: INIMIGO PÚBLICO, CRIMINOLOGIA CRÍTICA E SUA RELAÇÃO COM O RACISMO

A noção do inimigo público já foi vastamente estudada e, no caso brasileiro não pode ser descontextualizada de um processo histórico e arbitrário de contenção de indivíduos considerados como indesejáveis (NEDER, 1995, p.73) o que se aproxima com o que Howard Becker (2008, pp. 17-21) definiu como outsiders ou, de uma forma mais incisiva, Eugênio Raul Zaffaroni (2014, p.21-25) apresentou já com a nomenclatura deinimigo.

Na obra *Outsiders: estudos de sociologia do desvio* (2008), Becker faz análise do que pode ser tido como desvio. Ele apresenta as diversas concepções: estatística, patológica, política e sociológica e é nessa última que ele afirma que o desvio seria a infração de uma regra socialmente aceita, e aqueles que a violassem formariam um grupo homogêneo de desviantes. Essa visão, contudo, exclui algo importante que é saber: quem é que define o que é considerado como desvio? Este autor chamou seu próprio estudo de teoria interacionista do desvio e repeliu a nomenclatura que se popularizou – teoria do etiquetamento:

Grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio *não* é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rotulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal. Grifo do autor (BECKER, 2008, pp. 21-22)

Já teorizando acerca do Direito Penal do século XX, Eugênio Raul Zaffaroni afirmou que o Direito Penal acabou admitindo que: “alguns seres humanos são perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminados, coisificou-os sem dizê-lo, e com isso deixou de considerá-los pessoas” (2014, p.18). Contudo, foi GüntherJakobs (2009, pp. 40-41) quem desenvolveu detalhadamente a teoria que trouxe a diferença entre o Direito Penal do Cidadão e o do Inimigo que hoje acaba sendo perceptível com os chavões mitificados como “Direitos Humanos são para humanos direitos”, que segrega as pessoas e desumaniza o homem rotulado como “mau” em oposição ao “homem de bem”, que é o padrão.

A questão é que esse “homem mau” não é necessariamente alguém que violou a norma, mas sim aquele cujo olhar se dá como um potencial violador da norma o que aumenta sobre ele todo o aparato de controle bio e necropolítico do Estado. Merece destaque que o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs (2009, pp. 40-41) toma por base a suposta “perigosidade” do sujeito e permite que a punibilidade do sujeito se adiante até o momento da preparação, estágio anterior à prática do delito, ou seja, a pena se dirigiria a fatos futuros e não a fatos já ocorridos.

Observa-se, conforme Eugênio Raul Zaffaroni (2014, pp.13-16), que nas últimas décadas o poder punitivo tem se expandido, tendo essa figura do inimigo ganhado destaque. Sendo que este autor ainda reforça a ideia de que emergências justificadoras de estados de exceção não são fenômenos recentes e o que seria algo pontual tem se convertido em exceção perpétua, principalmente na legislação latino-americana, ressaltando que muito disso ocorre pela incapacidade dos Estados de não realizarem reformas estruturais.

De outro lado, indo ao ponto que nos interessa para este trabalho, a comunicação de massa, ao invés de informar, investe numa propaganda que nada mais faz do que aprofundar preconceitos, corroborando com discursos de ódio, lembrando o que foi dito acerca das opiniões das massas por Gabriel Tarde (2005), bem como com as falas de Noam Chomsky.

Eugênio Raul Zaffaroni ainda diz que, a questão da construção do inimigo, é verdadeiramente de caráter político e que se tem duas frentes possíveis: a dos direitos humanos de um lado e, do outro, a da repressão ao inimigo que, nas palavras do autor: “arrasa com os direitos humanos e, mais cedo ou mais tarde, acaba no genocídio” (2014, p. 17).

Ora, se a definição de criminoso é fruto de uma construção pautada pela seletividade, a escolha de quem pode se tornar o inimigo público de uma época também o será. E é aí onde há o risco: Afinal, quem serão os escolhidos a terem suas garantias reduzidas ou até mesmo eliminadas?

Da mesma forma como foi percebido por Chomsky, cabe lembrar que durante toda a nossa história sempre foi estratégico se trabalhar com rótulos

para simbolizar aquele que representaria o medo: negros, vadios, comunistas, traficantes, moradores de favelas, presidiários – de maneira que o “inimigo” foi e é sempre definido pelo critério da exclusão, sendo aquele oposto ao grupo social que exerce o domínio e detém o poder. Neste norte, a fala de Vera Malaguti Batista, traz clareza ao mostrar que o medo coletivo “se transfigura em sentimento, em afeto, em política econômica, em projetos de lei, em fragmentos discursivos, em cenários, em políticas sanitárias”(BATISTA, 2003, p. 08). Assim entendemos que são as representações do medo impregnadas principalmente na questão racial (e da desigualdade como consequência) que se projetaram – e continuam a se projetar – na domesticação das classes pobres. É também este o olhar de LóicWacquant:

Ontem, como hoje, o ‘outro’ assustador, sobre quem se desata a violência física e simbólica concentrada do Estado, é uma massa enxameada e sem rosto de marginais de pele escura, que deve ser retratada monocraticamente, como inimigos diabólicos da nação, violadores congênitos daqueles códigos morais, como consagrados pela lei criminal, para que possa ser seguramente desconsiderada como expressão viva das mais profundas contradições sociais da nação – como revelação e acusação encarnadas da traição da sociedade, dos princípios liberais democráticos que ela mesma professa. (WACQUANT *in* BATISTA, 2003, p.10)

Sendo assim, notamos que a mídia acaba por reforçar a visão estereotipada do inimigo, que acaba sendo o principal alvo da política criminal: os pretos e pobres, os indesejáveis, aqueles que serão, conforme Giorgio Agamben(AGAMBEN, 2014), os *homosacerdo* nosso Brasil.

CONCLUSÃO

Através do pensamento exposto, cuja pretensão era a de articular de maneira interdisciplinar diversos autores e estudos que compuseram nossas pesquisas, orientadas pelo segundo autor, concluímos que há uma escolha (ainda que dissimulada) entre quem tem a vida que vale mais e quem tem a vida descartável, que vale menos ou vida nua em conformidade com o pensamento agambeniano. Também concluímos, conforme fora a nossa pretensão inicial, no sentido de que o papel da mídia é fundante para o reforço e expansão do medo coletivo, essencial para a modulação das massas e construção da opinião baseada em ódio cuja atuação necropolíticas e dá sobre aquele indivíduo construído estrategicamente como potencial inimigo. Assim também é a leitura de Chomsky ao mostrar que essa construção de tolerância à aniquilação de alguém (sendo esse alguém o inimigo), traz concomitantemente o alívio da salvação (do cidadão “de bem”) através da impressão de que tal abate se dá para a própria proteção da população, sendo tolerado o genocídio negro como um efeito rebote, não sendo notado que tal construção só existe em razão de uma cisão, da fratura de um povo cuja união harmônica, igualitária e pacífica jamais se fez presente e cuja

democracia, ainda tão jovem, também é abatida, quiçá eliminada, com o argumento de sua própria salvação.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Meios sem fim*: notas sobre a política. Trad. Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CARDOSO, Cristina Leite Lopes Cardoso. *A prisão preventiva para a garantia da ordem pública como dispositivo de controle necropolítico*. Tese de doutorado. Orientação do Prof. Dr. Luís Antônio da Cunha Ribeiro. Niterói: Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, 2019.

CHOMSKY, Noam. *Mídia: Propaganda política e manipulação*. Tradução Fernando Santos. 3ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Tradução de Maria Ermentina Galvão. 2ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes Editora, 2010.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo. Noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MARINGONI, Gilberto. *O destino dos negros após a abolição*. In *Desafios para o desenvolvimento*. Ano 8, vol.8, p.70, 2011.

NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do negro brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1978.

NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995.

PEDRINHA, Roberta Duboc. *Criminologia, Segurança Pública e Direitos Humanos: Um Estudo Sociológico- Criminal das Violações e Resistências: O Caso Alemão*. Rio de Janeiro: Gramma, 2018.

PINTO, Anna Carolina Cunha. *Da bio à tanatopolítica: extermínio e seletividade do direito à vida da juventude pobre, negra e periférica da cidade do Rio de Janeiro*. Dissertação de mestrado. Orientação do Prof. Dr. Luís Antônio da Cunha Ribeiro.

ro. Niterói: Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, 2018.

TARDE, Gabriel. *A Opinião e as Massas*. Tradução de Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Col. Pensamento Criminológico v.14. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

Eixo temático 05



**SEGURANÇA
PÚBLICA E PAZ SOCIAL**

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI “ANTICRIME” (PL 882/2019) E SEUS REFLEXOS NA GESTÃO DOS INDESEJÁVEIS DO ESTADO POLICIAL GENOCIDA

Denis Ribeiro dos Santos

Universidade Federal Fluminense, Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios, Niterói-RJ, Brasil, denisribeiro60@yahoo.com.br

Ernesto Feio Boulhosa Filho

Universidade Federal Fluminense, Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios, Belém-PA, Brasil, boulhosajus@gmail.com

Diego de Mendonça dos Santos

Universidade Cândido Mendes, Pós-graduado Lato Sensu em Direito Público, Itaboraí-RJ, Brasil, diego-msantos@live.com

RESUMO

O objeto deste estudo é a proposta de alteração legislativa, abrangendo de maneira significativa, pontualmente, o código penal, código de processo penal e lei de execução penal. O Projeto de Lei 882/2019, intitulado Projeto Anticrime, teve origem no Poder Executivo, sendo elaborado pelo Ministro da Justiça, que quase nada levou às desejadas alterações ao debate público antes do envio ao Congresso Nacional. A sensibilidade e complexidade do tema Segurança Pública torna indispensável reflexões acadêmicas sobre a legislação vigente e principalmente sobre as propostas de alteração legislativa. Diante do número significativo de alterações do Projeto objeto deste estudo, foi necessária uma delimitação na análise, tomando como critérios pontos em que a manutenção da ordem Constitucional é colocada à prova. Além da coerência Constitucional exigida em qualquer lei é abordado no estudo a obrigatoriedade ao respeito às Normas incorporadas pela Carta Maior através de Tratados e Acordos Internacionais que versem sobre direitos humanos. Essa vinculação exige uma responsabilidade ainda maior no exercício do Poder Legislativo. Ultrapassando os limites Constitucionais, cabe ainda uma análise filosófica e sociológica sobre as alterações propostas, compreendendo minimamente as justificativas em contraponto aos dados concretos de segurança pública para compreender se estamos diante de uma proposta populista ou técnica/eficaz. A

monografia aborda, precipuamente, uma visão de inconstitucionalidade de pontos altamente sensíveis na relação de força do Estado com a Sociedade.

Palavras-chave: Segurança Pública. Estado Policial. Ética.

INTRODUÇÃO

O objetivo do trabalho é demonstrar pontos de inconstitucionalidade do Projeto de Lei Anticrime sob uma análise da literalidade tendo como parâmetro a Constituição Federal e também sob uma análise teórica, filosófica e ética quanto aos valores iniciais e os efeitos da mudança na legislação como foi proposta. Daí a necessidade de trazer ao debate acadêmico questionamentos sobre o grau de envolvimento dos concernidos na formulação do projeto, em seu aperfeiçoamento, se foram utilizados dados técnicos do Brasil, se houve análise e utilização de exemplos empíricos de países com políticas públicas melhor avaliada que a brasileira, entre outras circunstâncias que devem ser levadas em conta para alteração legislativa proposta pelo poder executivo da união, sendo este o principal condutor das políticas públicas de segurança no país.

Os países reconhecidos como desenvolvidos, denominados desta maneira porque além de serem referências econômicas e políticas, têm em comum a garantia básica dos direitos humanos, tendo em vista a diversidade que está em crescente visibilidade e exige o respeito à pluralidade étnica, sexual, econômica, política etc.

Na esteira do Estado Democrático de Direito e seus desdobramentos na modernidade, a persecução penal depara-se com limites que devem ser muito bem observados sob pena de corroer, fragilizar e relativizar os direitos humanos fundamentais no Brasil.

Neste sentido, a persecução penal exercida pelo Estado deve se agarrar às garantias fundamentais da Constituição Federal sob pena de desvirtuar seu papel e cair numa mecânica punitivista indiscriminada, que tem efeitos sentidos de maneira mais forte pela parte mais frágil da sociedade.

Observando o crescimento populacional mundial no século passado pode-se concluir que paralelo a esse fator surgem diversos desafios ao desenvolvimento sadio da sociedade.

Sem desconsiderar os demais direitos básicos que permeiam a dignidade das pessoas, este trabalho trata do tema Segurança, que além de ser um dever do Estado, envolve um fator sentimental, muitas vezes geradas pelo medo que a violência produz, que pode nos afastar da técnica para analisarmos as escolhas mais adequadas para lidar com o tema.

Compreender as causas de diferentes tipos de violências analisando fatores sociais e econômicos é um grande desafio, pois isso exige um olhar periférico e um distanciamento de políticas populistas e de baixa efetividade. Para isso neste trabalho acadêmico foi utilizada uma metodologia jurídica (doutrinal, jurisprudência e hermenêutico), além de uma análise empírica de dados.

Para possibilitar uma discussão abrangente sobre a Inconstitucionalidade de um projeto de lei na área penal, e que tem por pretensão colaborar como a política pública de segurança, é indispensável uma análise de todo o contexto para o correto desenvolvimento de uma política para área, pois deve-se levar em conta inúmeros fatores sociais, jurídicos e estatísticos, no ato de legislar que consuma uma das funções da representação popular.

Desta necessidade imprescindível é que se agregou a este trabalho valores diversos a respeito do tema segurança pública, pois apesar de não ser o tema título da pesquisa, é um elo fundamental no desenvolvimento e na conclusão da análise, pensar lei penal é pensar todas as nuances interdisciplinares possíveis, como nossa sociedade é formada, como juridicamente estamos estabelecidos e quais os limites civilizatórios e humanistas temos que respeitar.

1. ASPECTOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, oriunda da Assembleia Nacional Constituinte, instituiu um Estado Democrático de Direito, tendo como um dos princípios a dignidade da pessoa humana, e um dos objetivos promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, regendo suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos, possibilitando ainda a adição, com status constitucional, de outros direitos e garantias sobre direitos humanos oriundos de tratados e convenções internacionais que forem aprovados pelo Congresso Nacional.

Considerando a atual rigidez constitucional, ou seja, a exigência formal mais dificultosa para alteração do seu texto, enfrenta-se desafios interpretativos na certeza de que a literalidade do que foi posto fica ciclicamente ultrapassada para suprir os anseios do atualizável “contrato social”.

Uma definição técnica constitucional para uma leitura atualizada de um texto velho define-se como “Mutação Constitucional”, o que pode ser exemplificado pela interpretação do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF, referente ao Artigo 226, da CF, estendendo o amparo das garantias constitucionais do conceito de família.

Os princípios garantia, como uma defesa do cidadão frente   forçá Estatal tem uma importância ímpar na manutenção do Estado Democrático de

Direito pois alinham-se com outro conceito bem explorado por Canotilho que é a “vedação ao retrocesso”, sendo uma concepção doutrinária que não permite ao Estado suprimir direitos e garantias fundamentais protegendo assim avanços sociais e civilizatórios inibindo a violência e a arbitrariedade estatal. (LENZA, 2011).

Os direitos humanos fundamentais são institutos estruturantes do Estado Democrático de Direito, e a deterioração dos institutos importa na descaracterização do regime democrático, sendo assim seu alicerce, independente da ideologia política e modelo econômico preponderante e todas as esperadas tensões de um regime democrático.

O regime constitucional é a ordem jurídica matriz de determinado recorte da coletividade, capaz de integrar, pacificar e resolver conflitos, e no caso da Constituição de 1988, pretensiosamente democrática deve reverência a seus direitos e garantias fundamentais normatizados.

A crescente demanda política entre os Países universalizou alguns conceitos jurídicos essenciais para a convivência humana digna e um desses exemplos é a concepção de Direitos Humanos, conceito esse melhor difundido e exigido a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

2. ALTERAÇÕES LEGAIS ORIUNDAS DO PROJETO DE LEI 882/2019

A referência/parâmetro do Projeto de Lei Anticrime foi através de consulta ao endereço eletrônico da Câmara dos Deputados Federais do Brasil.

O PL é muito extenso e abrangente, propondo alterações em diversas leis na área penal, por essa característica é indispensável uma limitação do que é debatido no trabalho, tendo como critério alterações mais afrontosas à Constituição. Ao Código de Processo Penal, propõe como mudança:

Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1º O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 2º Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada. (PL 882/2019, p. 9).

Aproveitando-se do momento político no Supremo Tribunal Federal (que na falta de legitimidade/reconhecimento popular, tem tomado decisões priorizando a convergência com a opinião pública e o senso comum afastando-se da função de guardião da CF), o PL tenta emplacar com a previsão legislativa de “execução provisória” das penas, ou seja, pretende-se permitir a antecipação da pena antes do Transito em Julgado, indo ao encontro da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, de 17 de fevereiro de 2016), contrariando grosseiramente a Constituição Federal, diante do artigo 5º, LVII, CF/88: “ninguém será considerado culpado até o transito em julgado de sentença penal condenatória”. (CRFB/1988).

Seguindo a linha para permitir a execução provisória da pena, a proposta de mudança do artigo 133, do Código de Processo Penal, defende que nos casos de perdimento de bens, se houver absolvição superveniente, ao acusado será assegurado o direito à restituição dos valores com correção monetária, mas não prevê incidência de juros, ou seja, o cidadão pode submeter-se ao devido processo legal e mesmo sem condenação ser penalizado, com a devolução simples do valor indevidamente confiscado. A título exemplificativo, se alguém tem um bem leiloadado no início da persecução penal, e o processo tiver duração de cinco anos (que é um tempo recorrente para realidade brasileira), o valor auferido no leilão será depositado em conta bancária judicial e a instituição financeira agregará àquele valor e o usará (ao tempo do depósito), por ser esta a função dela, utilizando juros em alto patamar para seu lucro e o inocentado não terá proteção legal para reaver ser bem acrescido de juros, beneficiando as instituições financeiras e penalizando o cidadão investigado, ainda que absolvido, ocorrendo o enriquecimento sem causa por parte do Estado.

Art. 133. Iniciada a execução provisória ou definitiva da condenação, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens cujo perdimento foi decretado em leilão público.

§ 1º Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

§ 2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, salvo previsão diversa em lei especial.

§ 3º No caso de absolvição superveniente, fica assegurado ao acusado o direito à restituição dos valores acrescidos de correção monetária. (PL 882/2019, p. 5).

Outra mudança no CPP visa, segundo o PL, aumentar a efetividade do Tribunal do Júri, quer possibilitar a execução provisória da pena com a prolação da sentença condenatória em primeira instância, pelo Tribunal do Júri, alterando o artigo 492, inciso I, alínea “e”:

Art.492.....

I -

e) determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

.....
§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão substancial cuja resolução pelo Tribunal de Apelação possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri não terá efeito suspensivo.

§ 5º Excepcionalmente, poderá o Tribunal de Apelação atribuir efeito suspensivo à apelação, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório;

II - levanta uma questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente no recurso ou através de petição em separado dirigida diretamente ao Relator da apelação no Tribunal, e deverá conter cópias da sentença condenatória, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade, e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia. (PL 882/2019, p. 8).

O PL também quer alterar uma das excludentes de ilicitude, a legítima defesa, e isso traz dois problemas, o primeiro é quanto a gritante inconstitucional em se subjetivar os requisitos para sua incidência, inserindo os critérios de “escusável medo, surpresa ou violenta emoção” possibilitando a justificação para execução a todo momento, em desrespeito ao devido processo legal, ao monopólio do poder punitivo estatal, ao direito à vida, à presunção de inocência e à proibição da pena de morte.

Outro conflito gerado pela alteração é quanto ao parágrafo único do artigo 23, do Código Penal, onde prevê a responsabilização pelo excesso punível (que converge com o artigo 25, CP, onde a definição de Legítima Defesa exige o uso moderado dos meios necessários) e o artigo 23, § 2º, que possibilita ao juiz deixar de aplicar a pena se o excesso decorrer dos “novos” fatores altamente subjetivos, que claramente estão no projeto para beneficiar a atuação

demasiadamente letal pelas forças policiais de segurança pública, que fazem uso da força indiscriminadamente, sem uma clara e transparente uso da inteligência em suas intervenções, produzindo muitas mortes como pode-se concluir dos estudos estatísticos sobre violência.

Art.23.....
..... § 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

§ 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção. (NR)

Art.25.....
.....

Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

I - o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (PL 882/2019, p. 1).

A mudança proposta para alterar a lei de crimes hediondos segue o intuito subjetivo das alterações anteriormente sugeridas, o artigo 2º, § 6º, pretende vincular a progressão dentre outros requisitos objetivos, ao mérito do condenado (sem significar este termo) e à constatação de condições pessoais que façam presumir que o condenado não voltará a praticar fato criminoso.

Art.2º.....
.....

§ 5º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á somente após o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena quando o resultado envolver a morte da vítima.

§ 6º A progressão de regime ficará também subordinada ao mérito do condenado e à constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não voltará a delinquir. (PL 882/2019, p. 10).

Diante de uma rápida análise que constata a falta de estrutura familiar, baixa escolaridade e a conseqüente baixa expectativa de inserção imediata no mercado formal de trabalho (até porque o sistema penitenciário não cumpre seu papel de possibilitar a ressocialização oferecendo tais serviços), a alteração pretende impossibilitar a progressão de regime, o que atenta aos direitos constitucionais do condenado.

Há, no PL, previsão para elevar penas em crimes relativos a armas de fogo, no caso da incidência dos artigos 14, 15, 16, 17 e 18 da Lei 10.826/2003, a pena será aumentada da metade com mera condenação pretérita proferida por órgão colegiado, em, mais uma vez, todo desrespeito ao Transitado em Julgado e à Presunção de Inocência.

Art. 20. Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, a pena é aumentada da metade se:

I - forem praticados por integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º desta Lei; ou

II - o agente possuir registros criminais pretéritos, com condenação transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado. (PL 882/2019, p. 11).

Existe diversos outros pontos do PL que merecem reflexões, mas por delimitação ao tamanho deste trabalho acadêmico, privilegiando-se analisar mudanças entendidas como mais atentatórias à Constituição e ao Estado Democrático de Direito.

2.1. A percepção de inconstitucionalidade no direito contemporâneo

Há mecanismos constitucionais criados pelo legislador originário, para que haja o controle das normas infraconstitucionais em relação à constitucional, e até mesmo das constitucionais derivada sobre as originárias, tendo em vista a ponderação das normas em observância das diretrizes do Estado brasileiro, observando-se aí o Controle de Constitucionalidade, que apesar de ser uns dos temas mais importantes do estudo do Direito Constitucional, o estudo deste controle não é o foco deste trabalho.

A inconstitucionalidade trabalhada nesta obra é por um vício material que por diversos motivos contrariam expressa e implicitamente os preceitos constitucionais determinados pela constituinte e os preceitos adquiridos a partir daqueles com a evolução social, o que irá de encontro com o Princípio do Não Retrocesso Social, que será melhor explanado à frente.

O conceito de constitucionalidade para o direito contemporâneo fuge do positivismo, da legalidade e da interpretação sistemática das normas, suas definições vão além, isto por uma necessidade e não por simples opção. Necessidades essas que a título de exemplo passo a descrever um dos argumentos para a alegação de inconstitucionalidade do citado PL. O mestre Canotilho criou o “princípio do não retrocesso social”, como sendo um princípio implícito às constituições Democráticas de Direitos na contemporaneidade. Certo de que sua interpretação e aplicação dependem de uma visão axiológica do Direito e

consequentemente buscará na evolução Estatal uma maior igualdade e equilíbrio social. (LENZA, 2011).

Faz parte da nova percepção do Direito, o chamado “Neoconstitucionalismo”, que além de outras características, eleva os princípios ao status de norma, assim o igualando ou até mesmo a sobrepondo à regra “positivada”. Esta nova visão constitucional, teórica e prática esta canalizada em valores que devem ser identificados por todos os Estados democráticos, tendo como um destes valores a “universalização” dos direitos fundamentais. O entendimento de tornar factível o alcance dos direitos fundamentais a todos, onde se discute a efetividade desse direito em benefício do povo, soberano e titular do Estado que o administra, ou seja, como fazer os Direitos Fundamentais deixar de ser um direito abstrato. (SARLET, 2012).

2.2. A teoria Habermasiana em desfavor do Projeto de Lei Anticrime

Analisando as consequências práticas de uma aprovação da PL 882/2019, dar-nos a oportunidade de viajar pela filosofia, sem pretensões criativas, mas sim fazendo uma leitura da PL sob um olhar crítico de uma teoria filosófica tão atual e desafiadora. A necessidade de ampliar o debate sobre o PL com a sociedade foi reconhecida pela Ordem de Advogados do Brasil, que formulou parecer criticando alguns pontos do PL e recomendou o aprofundamento do debate. (CONJUR, 2019).

Adentrando rapidamente no sistema legislativo brasileiro, adotamos o Presidencialismo e no tocante ao Poder Legislativo (no âmbito nacional) o Congresso Nacional é formado por duas casas legislativas, sendo a Câmara dos Deputados, tendo uma representatividade mais individualizada ou setorizada e o Senado Federal, casa legislativa de menor número de políticos, representado igualmente os Estados da Federação e o Distrito Federal, portanto, com políticos mais influentes, tendo em vista a dificuldade e modelo da eleição em relação à outra casa legislativa e considerando algumas atribuições políticas de maior responsabilidade e importância.

O idealizador do Projeto de Lei é o Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, ex-Juiz Federal que teve a atribuição judiciária de julgar os processos criminais na denominada “Operação Lavo-Jato”, tida como o maior caso de operação anticorrupção do Brasil, em razão da prisão e condenação dos empresários e políticos mais renomados do país.

Apesar de toda exigência do sistema constitucional para que o Judiciário, em regra, não haja de ofício, preservando assim sua imparcialidade e o sistema acusatório, o então Juiz Federal ficou reconhecido como símbolo de combate à corrupção, virando celebridade, sendo alçado pela grande empresa,

pequena parte de empresários que dominam a comunicação do país, ao status de herói.

Sem discutir o mérito das conversas privadas vazadas pelo site jornalístico “The Intercept Brasil”, tendo como responsável o premiado jornalista Glenn Greenwald, cujos conteúdos que estão sendo publicados aos poucos, já asseguram desde a primeira matéria que o sistema acusatório na verdade era o inquisitório, havendo um conluio entre os membros do Ministério Público e o Juiz no andamento dos casos em razão dos pré-julgamentos sobre quem deveria ser investigado e condenado de acordo com interesses políticos dos atores do Poder Judiciário e do Ministério Público.

O então Juiz Sérgio Moro, símbolo do combate à corrupção, foi convidado pelo Presidente que assumiria o cargo em 2019, a ser o “super” Ministro da Justiça, e desta maneira, sem um debate amplo, profundo e plural, lançou seu Projeto de Lei Anticrime.

O pensamento Habermasiano na teoria da Direito e Democracia estabelece como a esfera pública e a moral são importantes para o direito moderno. Realizando uma crítica ao direito positivista o qual reduz o direito a facticidade, Habermas discute uma concepção normativa do direito associado a argumentação, moral e democracia (HABERMAS, 1997).

Habermas estabelece uma diferença entre moral e direito. A moral é um sistema de saber enquanto o direito é um sistema de ação. Em outras palavras, enquanto a moral orienta os indivíduos a agirem de maneira correta, o direito além de orientar também pode estabelecer aspectos coercitivos para discriminar determinadas condutas. Porém, apesar da diferença, Habermas coloca que o direito moderno deve estar associado a razões morais, pragmática e de boa vida, para que se possa tornar legítimo. O que é importante aqui é justamente a ideia que, embora haja diferença entre direito e moral, o direito é aberto a argumentos e procedimentos morais (HABERMAS, 1997, p.143).

Diante desta ideia, em analogia ao centro deste trabalho, para que o PL respeite a “Ética de Habermas”, o sentido do Projeto deve ser eivado de moral no seu cerne e compreendido por todos que serão atingidos por aquela norma.

Pelo não amadurecimento da discussão no desenvolvimento do projeto, existe um resultado no início da tramitação no Congresso Nacional de alguns pontos que para seu idealizador eram importantes, mas não refletido a uma primeira análise o interesse daqueles representantes do povo, originário de todo poder político.

Na “Ação Comunicativa” Habermas entende que em um discurso se busca a validade social de alguma ideia, ou seja, um discurso é feito no mínimo, sempre para uma ou duas pessoas, a partir de então se busca a compreensão e

aceitação do conteúdo explanado, concluindo pela validade daquele discurso. (HABERMAS, 1989).

Diante da perspectiva que a narrativa busca um consenso, entre o conteúdo passado ao ouvinte e sua compreensão e aceitação, se verifica quatro etapas de validade do discurso.

Primeiro, o falante, busca a compreensão entre o falante e o ouvinte ou os ouvintes; segundo, é a pretensão de que o conteúdo transmitido seja verdadeiro; terceiro, é que a manifestação das intenções seja sincera e a partir de então se crie confiança no conteúdo transmitido; quarto, é que o conteúdo manifestado tenha sido a melhor escolha, ou seja, tenha se pautado no interesse social, nas normas e valores daquela sociedade naquela época, o discurso adequado é o de conteúdo adequada a um contexto ético.

Assim Habermas, como já explicitado, vai desenvolver em *Direito e Democracia* justamente um modelo de Direito associado a esfera pública. Para Habermas o direito das sociedades complexas só poder legítimo se institucionalizar e reconhecer autonomias privadas e públicas os quais permitam que uma esfera pública possa ser exercida segundo o desenho institucional dos três poderes. (HABERMAS, 1997, p.116).

Com esse pano de fundo, se pode assumir uma postura crítica em relação a inconstitucionalidade do PL. Uma vez que, tal PL está associada com medidas populistas os quais desvirtuam a relação que Habermas estabelece da política e do direito com a esfera pública.

A esfera pública para Habermas está associada a um modelo procedimental de exercício da Democracia em que, os cidadãos podem participar e influenciar no sistema político por meio de exercício de liberdades e do seu poder comunicativo. Apesar das ações sempre serem precárias, tendo em vista a extensão e complexidade das sociedades atuais, os cidadãos podem exercer seu poder comunicativo em determinados fóruns de discussão os quais podem influenciar o sistema político. (HABERMAS, 1997b, p.92).

Neste viés, a Constituição terá um papel importante porque institucionalizará determinadas condições institucionais para o exercício dessas liberdades por meio do reconhecimento dos direitos fundamentais. (HABERMAS, 1997, p. 158-159).

Neste contexto é válida a adequação ao trabalho, discutindo o papel da opinião pública, tentando entender suas influências para uma capacidade real de representação da verdadeira opinião pública, tendo em vista, as subjetividades das opiniões que a formam.

A opinião pública tem uma formação certas vezes incompreendida, por em determinadas ocasiões ou momentos políticos sofrer influências que petrificam a verdadeira opinião.

Essas influências acontecem de diversas formas, vezes pelo Estado Ditatorial, pela publicidade “viciada”, pela imprensa manipulada ou manipuladora, ou até mesmo pela sociedade alienada de sua condição política e social.

O que nos remete ao desrespeito com aos preceitos de Habermas é a entrega de um conteúdo que nasceu e cresceu sendo indiferente aos concernidos, e ainda além, a um distanciamento do que já se produziu cientificamente sobre políticas públicas de segurança pública, como será demonstrado ao longo do trabalho.

3. GESTÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Obedecendo o dever acadêmico de fazer análise sobre questões relevantes na vida prática da sociedade, os temas de direito penal e processual penal devem ser analisados sob uma perspectiva ampla e complexa que envolve o tema segurança pública.

Apesar de não ter força normativa, o preambulo da constituição federal contempla a palavra “segurança”. O artigo 5º, da Constituição Federal (direitos e deveres individuais e coletivos) e o artigo 6º, da Constituição Federal (direitos sociais) explicitam o tema.

No capítulo dedicado ao tema “segurança”, a Carta Magna o coloca como dever do Estado e sendo direito e responsabilidade de todos, ou seja, a segurança pública deverá como regra exercida pelo Poder Estatal, através de órgãos públicos criados para essa finalidade, e assim deve ser pensado como política pública e excepcionalmente como ato de defesa exercida individualmente.

Partindo do conceito que pobreza não é causal da violência e sim que o alto grau de desigualdade social, desumanização das relações públicas e privadas e a ausência de dignidade na formação do cidadão são causas que favorecem tanto a violência exercida pelo detentor de poder (público ou privado) sobre a população, quanto dos demais setores da sociedade, e os mais pobres estão em posição de maior vulnerabilidade, independente de cometerem ações violentas (alguns poucos cooptados por organizações que oferecem possibilidade de inserção no mundo “econômico/produtivo”), pois via de regra sofrem violência desde o nascimento, pois nunca tiveram direitos básicos respeitados (alimentação, educação, moradia, lazer, segurança) e ainda sofrem com o domí-

nio de seus territórios por força paraestatal e são colocados com criminosos pelo estado.

A análise social da violência pode-se pensar quais meios mais adequados, justos e eficazes para se combater a violência, e um mecanismo inteligente para se produzir políticas públicas é utilizar pesquisas acadêmicas, dados de instituições da sociedade civil que seguem padrões técnicos de coleta, bem como exemplos práticos de outros locais que poderiam ser analisados e importados levando em consideração características personalíssimas. A falta de planejamento, transparência e de resultados satisfatórios permite concluir que o Estado brasileiro não tem apreço pela melhor técnica e menospreza exemplos de políticas públicas de excelência. O Brasil pratica um modelo de segurança pública ultrapassado, majoritariamente repressivo, reativo, custoso e com alto índice de letalidade para os padrões comparativos internacionais (com números alarmantes de mortes de policiais, suspeitos e civis não envolvidos diretamente nos confrontos).

O modelo pouco preventivo/investigativo e mais repressivo por ser imediatista gera impunidade e colabora ainda que sem intenção com o incremento da violência. Aliado a pouca técnica, está a escassez de recursos, que ainda são mal-empregados, baixa produção de dados e a consequente falta de utilização deles. Para mudar o panorama caótico da segurança pública é necessário dissociá-la da polícia, e entendê-la como órgão auxiliar e não mais motriz.

É importante também entender que a política pública necessita ter foco. Ela deve se basear em informação, principalmente sobre aquilo que dá certo. Embora os dados para o país ainda tenham limitações, há muito conhecimento tanto no Brasil quanto no mundo sobre o que funciona. É imperativo que a segurança pública, com o paradigma de inteligência, eficiência e eficácia, entre de vez na agenda política prioritária do país. Além disso, cabe atuar em todo o ciclo da violência privilegiando a prevenção. Mais barato, mais efetivo e mais humano que punir é evitar que o crime aconteça. Sob essa ótica, soluções práticas podem ter impacto positivo sobre a situação atual. Necessitamos ter racionalidade, inteligência e integração. Há boas leis que precisam funcionar, outras têm de ser revistas. O sistema de segurança pública deve atuar de maneira coordenada. Finalmente, é urgente priorizar. Temos muitos desafios, mas, para começar, temos de concentrar os esforços para reduzir os crimes violentos, em especial os homicídios. Nada é mais valioso que a vida, portanto, os crimes contra ela são os mais graves. Vimos como estamos falhando, pois não conseguimos evitar que os homicídios aconteçam nem que aqueles que os cometem sejam punidos. A impunidade gera consequências graves e ajuda a alimentar o ciclo de insegurança. (RISSO E SZABÓ, 2018, p. 30).

3.1. O fracasso do atual modelo de gestão e os seus reflexos

Um dos desafios no desenvolvimento de segurança pública é a implementação de uma gestão que abranja harmoniosamente todos os níveis de governo, pois todos os especialistas apontam tal falha com uma das determinantes para a ineficiência da pasta.

Cada nível de governo tem uma parte da responsabilidade na execução de segurança pública, mas a falta de coordenação e interação obriga-os a desenvolverem competências que não seriam suas, caso a descentralização de tarefas fosse eficiente, e resulta na execução precária de todos em todas as competências. A interação necessária é difícil até em um mesmo nível federativo de governo, como acontecem com a Polícia Militar e a Polícia Civil nos Estados, percebemos o tamanho do desafio quando temos que fazer uma gestão unificada entre União, Estados e Municípios.

O modelo repressivo, pouco investigativo, com baixa produção e gestão de dados, aliado a uma lei de drogas ultrapassada (assunto que será aprofundado a frente) porque não tem critérios objetivos na diferenciação do usuário do traficante, o que gera um encarceramento em massa injusto, sem contar no questionamento quanto a eficiência do encarceramento de pequenos traficantes que não fazem nenhuma falta à engrenagem organizacional e financeira do comércio ilegal de drogas.

O atual modelo de segurança pública que tem como braço forte a atuação policial repressiva mostra-se obsoleto e ineficiente, considerando a infeliz estabilidade dos altos índices de violência no país. Um dos resultados da má aplicação da política de segurança é que prendemos muito, apesar dos crimes violentos não ser a maior quantidade. Nossa população carcerária em 2000, era de 232.755 presos, em 2017 chegamos a 726.354 presos, um aumento de mais de 200% em menos de duas décadas, e esse excesso de prisões não significou nenhum ganho à Segurança Pública. (FÓRUMSEGURANÇA, 2019).

Tal ação repressiva remete a perspectiva da banalidade do mal de Arendt desenvolvida em *Eichmann em Jerusalem*, em que Arendt trata que o verdadeiro mal das sociedades contemporâneas é justamente a reprodução de práticas institucionais desprovidas de crítica. Nestas circunstâncias as instituições modernas, como as policiais, não somente reproduzem práticas burocráticas e repetitivas, mas também reproduzem práticas questionáveis moralmente em que os indivíduos são incapazes de serem críticos em relação a tais condutas, segundo somente “ordens”. (ARENDR, 2013, p.299; LAFER, 1991, p.13).

A letalidade do nosso sistema é nítida ao analisar os dados, bem com a seletividade nestas mortes, que em sua maioria são de jovens, negros e moradores das periferias. As mortes decorrentes de intervenções policiais somaram 6.220 pessoas em 2018, 11 em cada 100 mortes violentas foram provocadas

pelas polícias, das vítimas, 99,3% homens, 77,9% tinham entre 15 e 29 anos, 75,4% eram negros. (FÓRUMSEGURANÇA, 2019)

Na média dos últimos anos foram 60 mil brasileiros assassinados no Brasil, e metade deles têm entre 15 e 29 anos, demonstrando que a Educação não está sendo gerida corretamente para atuar como política de prevenção à violência. Esses jovens deveriam nesta faixa etária cursar o Ensino Médio e Superior, além da iniciação no mercado de trabalho. O tempo de escolaridade é um fator determinante na balança, quanto maior é a escolaridade, menor são os índices de violência. A taxa de homicídio em 2014, entre jovens de 15 e 19 anos, com até 3 anos de estudo era de 262,7 por 100 mil habitantes. Do outro lado, considerando as mesmas idades, porém com no mínimo 12 anos de estudo, a taxa cai para 5,7 homicídios por 100 mil habitantes. Estudos do “Mapa da Violência” mostram pessoas com alfabetização precária ou analfabetos têm 4.473% mais probabilidade de serem assassinados que aqueles que finalizaram o ensino médio ou ingressaram no ensino superior. (RISSO E SZABÓ, 2018).

Os dados mostram que 75% da população carcerária no Brasil não chegou a iniciar o Ensino Médio, e em qualquer parâmetro de pesquisa é possível perceber a relação consequente entre educação e segurança pública, ou seja, a falha na primeira educação incrementa índices de violência, tendo na evasão escolar um retrato-chave deste panorama. (RISSO E SZABÓ, 2018).

O Comitê Cearense pela Prevenção de Homicídio na Adolescência desenvolveu recomendações de políticas públicas após constatar que a evasão escolar estava diretamente ligada a violência sofrida na adolescência. O estudo se der num recorte entre seis municípios cearenses em dados sobre adolescentes mortos e identificou-se que 60% estavam fora do ensino regular há pelo menos seis meses.

Outro exemplo empírico de desenvolvimento de políticas públicas voltada aos direitos básicos de crianças e adolescentes e que também pode ser identificado na temática “segurança”, é a plataforma tecnológica de prevenção de violência nas cidades desenvolvida pelo Instituto Igarapé com apoio do “Programa Juntos”, da “ONG Comunidas”, que foi lançada em 2017, pela Prefeitura de Paraty, no estado do Rio de Janeiro, para monitorar indicadores de educação, saúde e assistência social, direcionando ações de prevenção no município e fortalecimento dos núcleos familiares mais vulneráveis. Entre os dados monitorados estão: baixa frequência escolar e distorção idade-série, possibilitando uma atuação “interdisciplinar” para buscar e convencer estudantes a regressarem às escolas. (RISSO E SZABÓ, 2018).

É indispensável o desenvolvimento de outras estratégias nas escolas, como mecanismos de mediação, resolução não violenta de conflitos e desenvol-

vimento de habilidades sócio emocionais como ferramenta para alunos e professores, tornando a escola um ambiente mais acolhedora e afetuosa.

Outro exemplo prático de inclusão cidadão através do desenvolvimento de políticas públicas, abrangendo vários temas visando resultado na redução de violência, está no Centro Comunitário da Paz (COMPAZ) implementada pelo Estado de Pernambuco, na região do nordeste do Brasil, política vinculada à Secretaria de Segurança Urbana da Prefeitura do Recife, foi baseada na experiência de Medellín e Bogotá com as “Bibliotecas Parques” e também outras formas de espaços de cidadania. O COMPAZ desenvolveu espaços que ficaram conhecidos como “Fábricas de Cidadania” possibilitando (aos mais de 30 mil cadastrados nas duas primeiras unidades) com amplas estruturas, o acesso a serviços de educação, cultura, lazer, esporte, literatura, capacitação profissional, assistência social, serviços jurídicos, mediação de conflito, entre outros. Dados da Secretaria de Defesa Social de Pernambuco apontam a diminuição drástica nos índices de crimes violentos letais intencionais onde foram instalados o COMPAZ e nas adjacências, ficando claro que a segurança pública se faz primordialmente com ações que não são da alçada da polícia. (COMPAZ, 2019)

3.2. As Forças Armadas na Segurança Pública

As Forças Armadas cumprem um papel delimitado constitucionalmente de defesa do Estado Democrático de Direito e assim assegurando o pleno funcionamento das instituições constituídas.

Dissociada da incumbência pela Segurança Pública, apesar de excepcionalmente poder exercer a função, a Carta Magna dirige às Forças Armadas ordem absolutamente distinta que o exercido pelas polícias judiciárias.

Analisando a Segurança Pública como ramo de Políticas Públicas e entendendo desta forma a imprescindível necessidade de planejamento a longo prazo, delimitação da atuação e independência, é razoável concluir que dezenas de atos do Poder Executivo central por seguidos governos de “GLO”, que é a utilização das Forças Armadas como polícia ostensiva, significa que a excepcionalidade visou regra e transparece a ausência de profissionalismo na política de segurança pública que exige um alto grau técnico na gestão da pasta.

Entre 2008 e 2017, o Exército participou de 67 operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) país afora. Na GLO, os militares atuam de forma provisória, com poder de polícia, até o restabelecimento da normalidade, em área restrita e por tempo limitado. Eles coordenam sua atuação com as forças policiais dos estados e alinham objetivos e estratégias com a liderança da respectiva Secretaria de Segurança Pública. A eficácia dessas ações tem sido contestada, dados o seu alto custo e o efeito de curta duração.

A ação das Forças Armadas entre 2014 e 2015 no Complexo da Maré, no Rio de Janeiro, por exemplo, representou um gasto de R\$ 1,7 milhão por dia, R\$ 400 milhões no total. Ela empregou 2.500 militares e, de acordo com autoridades do próprio governo federal, surtiu pouco efeito, apesar do custo elevado. (RISSO E SZABÓ, 2018, p. 66 e 67).

O abundante número de vezes que foram baixados decretos de GLOs, além de expor o desvirtuamento do que a Constituição permite, demonstra claramente que a política de segurança pública no modelo atual não dá resultados satisfatórios, tendo em vista que as políticas judiciárias não têm sido suficientes para garantir o cumprimento deste indispensável direito fundamental.

O fato ainda mais grave é que a utilização da GLO segue o mesmo modelo das polícias judiciárias, pois como são excepcionais, são assim temporárias, o que por si só inviabiliza de fazer um planejamento de atuação a longo prazo, não são capazes de fazer inicialmente um trabalho de inteligência e não conseguem aproveitar a inteligência das polícias porque o modelo atual não privilegia seu desenvolvimento, sendo voltado ao enfrentamento desgovernado.

3.3. O controle de armas como uma política de segurança pública

A arma de fogo é um tema extremamente polêmico e sensível no que tange à Segurança Pública, tendo em vista que além de aparentemente tocar em uma liberdade individual que é a autodefesa ou legítima defesa, sendo esta mais abrangente, ainda alimentam um imaginário desmentido estatisticamente que há eficácia na utilização de armas de fogo por civis contra investidas criminosas e que pelo simples fato de haver uma liberação para toda a sociedade inibiria a ação de bandidos pelo suposto fator surpresa à eles.

Aprofundando um pouco a discussão quanto essa suposta liberdade individual, que vem acompanhada da expressão utilizada por armamentistas: “ninguém é obrigado a utilizar arma de fogo, mas não se deve proibir quem queira”, deve-se voltar a devida atenção ao fator central do “contrato social” que é o monopólio ao Estado para o uso da força, representante nestes atos normas predeterminadas pela sociedade, direta ou indiretamente, corroborado ao instituto jurídico primordial da nossa legislação que é o direito constitucional, onde é expressa que a Segurança Pública é um dever do Estado para com a sociedade.

De toda sorte a legislação brasileira permite o porte e a posse de arma de fogo para determinadas categorias e ainda a posse para toda a sociedade dentro de alguns critérios. Pensar segurança pública e a possibilidade de se permitir o porte de armas por toda a sociedade sem analisar critérios objetivos de busca pela melhor política pública que busque efetividade é uma irresponsa-

bilidade com a própria obrigação de fornecer Segurança Pública pelo Estado com todos e principalmente com quem optar em deixar tal incumbência com o Estado.

Recuando um pouco o assunto quanto a possibilidade de utilização de armas por civis, um dos pontos que desqualificam essa bandeira é a falta de preparo e a pouca chance de defesa em eventos violentos. Dados estatísticos também colaboram com essa tese, até quando se analisa a morte de policiais no Brasil, se verifica que a maior parte estava em horário de folga, ou seja, mesmo os profissionais preparados e adaptados à utilização de arma de fogo em sua rotina diária de trabalho têm altos índices de mortes quando necessitam utilizá-la com o fator surpresa, o que indica um desaconselho na flexibilização ao porte de arma de fogo por civis. Em 2018, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, houve um aumento de 42,2% nos registros de armas, em relação ao ano de 2017, mas a apreensão de armas diminuiu 5,2%, já o número de ocorrências por porte ou posse ilegal cresceram 7,5%. No número de mortes de policiais ocorreu uma redução de 8%, de 2017 para 2018, e dessas mortes, 75% ocorreram fora do serviço. Outro dado alarmante é que há mais policiais vítimas de suicídio do que assassinados no horário de trabalho, no ano de 2018. (FÓRUMSEGURANÇA, 2019)

A discussão sobre normas restritivas no controle de armas normalmente é polêmica, porque expõem discussões basilares do Direito, como: Direito à Segurança, Direito à Vida, Direito à Autodefesa, Monopólio do uso da força pelo Estado, Poder Punitivo do Estado, Liberdades e Garantias Individuais, entre outros possíveis.

Considerando as especificidades sociais, econômicas e institucionais de cada país, temos diversos modelos de políticas quanto ao acesso e uso de arma de fogo, mas o ponto de maior convergência entre especialistas no tema é que independentemente da flexibilização ao acesso à arma de fogo, é indispensável no combate à violência que armas e munições sofram controle mais eficiente na venda, assim como seja adotado sistema mais eficiente de rastreamento.

Como a fabricação de armas são legais, permite que seja desenvolvido e adotado um sistema satisfatório que possibilite o rastreamento de armas e munições do surgimento até a inutilização, ao final da vida útil do objeto, sendo um auxílio fundamental nas investigações de mortes advindas de armas de fogo, tanto em intervenções legais como ilegais. (RISSO E SZABÓ, 2018).

CONCLUSÃO

Algumas mudanças propostas no PL 882/2019, colocam em risco o Estado Democrático de Direito, pois infringem direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, como a presunção de Inocência.

Ademais, o recrudescimento penal por si só é empiricamente ineficiente no combate à insegurança, pois segurança pública voltada ao confronto, preterindo o uso da inteligência e o oferecimento de outros direitos básicos na sua atuação, tem como resultado o aumento indiscriminado de encarceramento e da letalidade, tanto sofrida por agentes do Estado quanto da população em geral.

Faz-se necessário um debate mais amplo e profundo sobre alterações legislativas de políticas públicas, buscando uma compreensão e interação maior entre os concernidos, pois o desenvolvimento legislativo tem como finalidade uma melhor organização social, sendo assim indispensável o aprimoramento da participação dos destinatários das normas em sua criação.

REFERÊNCIAS

AREND, Hannah. *Eichmann em Jerusalem: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

BARROS, Marcelo e RATTON, José. *Polícia, Democracia e Sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARNEIRO, José e MESSA, Ana. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASARA, Rubens R R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

COMPAZ, *Prefeitura de Recife*. Disponível em: <<http://www2.recife.pe.gov.br/pagina/conheca-o-compaz-fabrica-de-cidadania-do-recife>>. Acesso em: 11 set. 2019.

CONJUR, *Análise do Projeto de Lei Anticrime*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/oab-rejeita-pontos-projeto-anticrime.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

DECRETO-LEI Nº 2.848. *Código Penal*. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

DECRETO-LEI Nº 3.689. *Código de Processo Penal*. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

FIOCRUZ, *III Levantamento Nacional sobre o uso de drogas pela população brasileira*. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-revela-dados-sobre-o-consumo-de-drogas-no-brasil>> Acesso em: 18 set. 2019.

GOMES, Luiz. *O jogo sujo da corrupção*. São Paulo: Astral Cultural, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade*. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

_____. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

INSTITUTO IGARAPÉ. *Reduzir crimes não depende só de leis*. Disponível em: <<https://igarape.org.br/reduzir-crimes-nao-depende-so-de-leis/>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

INSTITUTO IGARAPÉ. *Segurança pública não combina com populismo*. Disponível em: <<https://igarape.org.br/seguranca-publica-nao-combina-com-populismo/>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

INSTITUTO IGARAPÉ. *Para deixar de enxugar gelo, sangue e lágrimas é preciso rever a lei de drogas*. Disponível em: <<https://igarape.org.br/para-deixar-de-enxugar-gelo-sangue-e-lagrimas-e-preciso-rever-lei-de-drogas/>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

LEI Nº 8.072. *Lei de Crimes Hediondos*. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PROJETO DE LEI Nº 882. *Projeto de Lei Anticrime*. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=355721883B209D79D282AA6E6FFF0FFE.proposicoesWebExterno1?codteor=1712088&filename=PL+882/2019>. Acesso em: 13 ago. 2019.

PÚBLICA, Fórum Brasileiro de Segurança. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2018/08/FBSP_Agenda_prioritaria_eleicoes_2018-1.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

PÚBLICA, Fórum Brasileiro de Segurança. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019.

RISSO, Melina e SZABÓ, Illona. *Segurança Pública Para Virar o Jogo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SZABÓ, Illona. *Drogas: as histórias que não te contaram*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

A (IN)CONVENIÊNCIA DA POLÍTICA DE “ABATIMENTO” NO ESTADO DO RIO JANEIRO

Marcus Fabiano Gonçalves

*Universidade Federal Fluminense, Professor Adjunto I do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFF, Niterói, RJ, Brasil,
fabiano.marcus@gmail.com*

Matheus Guimarães Silva de Souza

*Universidade Federal Fluminense, Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional (PPGDC-UFF), Niterói, RJ, Brasil,
matheusguimaraes@id.uff.br*

Palloma Borges Guimarães de Souza

*Universidade Federal Fluminense, Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional (PPGDC-UFF), Niterói, RJ, Brasil,
pallomaborges@id.uff.br*

RESUMO

O presente trabalho pretende compreender a (in)conveniência da política de “abatimento” defendida pelo governador do estado do Rio de Janeiro. Nesse sentido, a primeira parte deste trabalho apresenta um panorama sobre a atual situação da segurança pública do Rio de Janeiro, com o término da intervenção federal no estado. Após traçar esse quadro, aborda-se a atual proposta de “abatimento” como uma forma de controle da violência, especialmente nas comunidades do estado, inspirada nas regras de engajamento adotadas no Haiti, a partir de 2004. Quanto à segunda parte desse trabalho, esta intenta compreender se essa política encontraria amparo no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no âmbito do direito penal. Por derradeiro, questiona-se sobre a possibilidade de alcançar certo grau de controle social em detrimento de direitos e garantias fundamentais inerentes a qualquer Estado Democrático de Direito, especialmente no que concerne à violação da dignidade da pessoa humana, em perspectiva com o direito social à segurança. A fim de cumprir com tais propósitos, buscou-se a utilização de revisão bibliográfica pertinente, bem como a análise das afirmações dos principais agentes envolvidos na segurança pública no estado do Rio de Janeiro. Por todo o exposto, é possível concluir que a política de “abatimento” não encontra respaldo no direito penal brasileiro e colide com diversas normas previstas na Constituição Federal brasileira.

Palavras-chave: Política de “abatimento”; Legítima defesa; Direito à segurança.

INTRODUÇÃO

É mais do que notória a complexa situação da segurança pública no Brasil, tendo em vista os altos índices de violência que assombram os cidadãos de diversos estados da federação. Somente no ano de 2017 foram registrados mais de 65 mil homicídios no Brasil, acarretando a morte de milhares de jovens que constituem a categoria mais afetada pela violência letal (IPEA, 2019, p. 5-6).

No Rio de Janeiro, especificamente, o número de assassinatos em 2019 vem sofrendo uma redução em relação aos anos anteriores. Contudo, as mortes decorrentes da intervenção policial seguem aumentando de forma drástica desde 2013, alcançando em 2018 a quantidade de 1534 pessoas mortas (ISP, 2019, p. 15).

Como tentativa de “solucionar” esse quadro de insegurança no Rio de Janeiro surgiu a ideia de permitir e incentivar que policiais possam disparar de forma letal contra pessoas que estejam portando fuzis nas comunidades cariocas. A ação, conhecida vulgarmente como política de “abatimento”, entrou em discussão desde o início de 2018, aparecendo de forma mais concreta a partir dos debates sobre segurança pública nas últimas eleições para governador do Rio de Janeiro. Conforme defendido pelo atual chefe do executivo estadual, seria necessária, inclusive, a atuação de atiradores de elite (*snipers*) para a execução de indivíduos considerados como criminosos.

Portanto, trata-se de discussão extremamente relevante, tendo em vista que dialoga com questões elementares de Segurança Pública e Direitos Humanos, possibilitando uma reflexão sobre os limites do exercício do poder punitivo estatal e a constitucionalidade dessa política de “abatimento”. Outrossim, tal temática dialoga com questões mais profundas no que diz respeito à seletividade do sistema penal e a reiterada violação de direitos humanos pelos agentes estatais.

Buscando compreender melhor o contexto da gênese de tal política, a primeira parte deste artigo começa realizando um breve panorama sobre a colaboração brasileira na missão de paz da ONU no Haiti. Resgatar essa participação permite entender os traços de similitude entre a atuação militar em contexto de guerra e a que se desenvolve nas periferias do Rio de Janeiro, sendo elementar a avaliação do engajamento das forças estatais nesses territórios, especialmente a partir do contexto da intervenção federal no Rio de Janeiro, que ocorreu em 2018. Diante dessa conjuntura, é possível delimitar a constituição do que aqui é chamado de “política de abatimento”.

Uma vez definida a conjuntura e a conceituação, a segunda parte deste trabalho pretende verificar se essa política encontra respaldo no direito penal. Assim, é analisado de forma minuciosa o instituto da legítima defesa a fim de aferir se o “abatimento” de pessoas portando armas de uso restrito pode ser enquadrado nessa causa de justificação. Nesse momento, é importante refletir sobre tal política à luz do direito penal.

Quanto à terceira parte, esta procura investigar se essa estratégia de segurança pública se coaduna com os direitos e garantias constitucionais. Busca-se, portanto, apreciar se a tal política de “abatimento” defendida por diversos agentes da segurança pública do Rio de Janeiro é compatível com os fundamentos do Estado de Direito Democrático que o Brasil pretende ser, bem como se essa prática se sustenta diante dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal de 1988.

Por todo o exposto, verifica-se a relevância de um estudo pormenorizado da temática em questão, haja vista que esse mesmo discurso de “abatimento” de criminosos pode vir a influenciar outros estados brasileiros, e quicá outros países, na formulação das suas políticas de segurança pública. Ocorrendo essa reprodução, é possível que tal prática culmine na violação sistemática de pressupostos basilares da ordem constitucional brasileira, agravando ainda mais o quadro da segurança pública no país.

1. A MISSÃO DE PAZ DA ONU NO HAITI E A POLÍTICA DE “ABATIMENTO”

A Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti (MINUSTAH) foi aprovada pela Resolução 1542 do Conselho de Segurança da ONU, com o intuito de restabelecer a segurança e normalidade institucional do país, depois de sucessivos episódios de turbulência política e de violência no Haiti, que culminaram com exílio do então presidente, Jean Bertrand Aristide.

Em 13 de abril de 2007, o Conselho de Segurança da ONU adotou a Resolução 2350 (2017), que estendeu o mandato da Missão das Nações Unidas pelos seus últimos seis meses, e estabeleceu uma nova operação de manutenção de paz no país, a partir de 16 de outubro do mesmo ano. Essa nova operação foi composta apenas por civis e unidades de polícia, e foi denominada Missão das Nações Unidas para o apoio à Justiça no Haiti (MINUJUSTH).

Durante todas as operações no Haiti, o Brasil esteve no comando do componente militar da Missão, o qual contou, ainda, com a participação de tropas de países como França, Argentina, Bolívia, Canadá, Paraguai, Uru-

guai, Portugal, Turquia, Croácia, dentre outros (BRASIL, 2019), além do efetivo brasileiro do Exército, da Marinha e da Força Aérea.

Ressalta-se que, a chamada política de “abatimento” do atual governador do estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, encontra correspondência no contexto da missão de paz da ONU no Haiti, em que tropas das Forças Armadas atiraram em membros de forças rebeldes e gangues armadas por estarem portando fuzis (KAWAGUTI, 2018).

Nesse contexto, as tropas seguiram o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas (CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945), que dispõe sobre ação relativa a ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão. A legislação deu às forças armadas mais flexibilidade para decidir quando atirar para matar, embora também trouxesse restrições ao uso da força.

Quando a ONU deixou o Haiti em 2017, não havia mais grupos rebeldes ou gangues controlando territórios. De acordo com Roberto Escoto, ex-comandante da Força de Pacificação da Maré (Operação São Francisco, de 2014) é possível afirmar que as ações da tropa no Haiti foram eficazes e desmantelaram os movimentos rebeldes haitianos. Porém, segundo ele, o que se observou na MINUSTAH é que as ações militares foram acompanhadas por ações sociais promovidas em grande escala pelo braço civil da ONU, o que representou o grande motivo do êxito das operações.¹

Ressalta-se também que o Exército brasileiro levou à Missão de Paz das Nações Unidas para a estabilização do Haiti uma tropa especializada e treinada para as piores situações de guerra e conflitos, a fim de pacificar as mais violentas favelas haitianas. Um grupo secreto, composto por cerca de 20 homens, era trocado a cada seis meses, e recebeu o nome de Destacamento de Operações de Paz (DOPAZ).

No Brasil, foram esses mesmos militares que atuaram em operações contra traficantes durante a ocupação do Exército nas comunidades da Maré e do Alemão, ambas localizadas na zona norte do município do Rio de Janeiro. Essa tropa especializada atuou ainda no combate ao terrorismo durante a Copa do Mundo e nas Olimpíadas. Caso houvesse algum ataque ao Brasil, seriam esses militares que atuariam (STOCHERO, 2017).

Após todas essas ondas de violência, e a partir de um discurso de certa anomia nas comunidades do Rio de Janeiro, a qual indicaria uma situa-

¹ Ver mais em entrevista de Roberto Escoto, general da reserva que comandou a Força de Pacificação da Maré, concedida ao repórter Luís Kawaguti, do UOL, no Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/23/quais-as-consequencias-de-atirar-para-matar-criminosos-armados-de-fuzil.htm>>. Acesso em: 27 set. 2019.

ção *sui generis*, em que pese os índices de violência do estado não serem os maiores do Brasil, foi decretada, em 16 de fevereiro de 2018, a intervenção federal pelo então presidente Michel Temer. Tal intervenção na segurança pública do Rio de Janeiro se deu em um momento no qual o estado estava mergulhado não apenas numa onda de insegurança, como também numa crise financeira, refletida no regime de recuperação fiscal, ao qual o Rio aderiu em setembro de 2017.

Com o advento da intervenção, o cargo de comando foi dado ao general Walter Braga Netto. Na verdade, desde 2017, os militares já estavam atuando no Rio de Janeiro (ainda que pontualmente), em articulação com o governo estadual. No entanto, de fevereiro de 2018 até o final da intervenção (que durou 319 dias), todas as decisões sobre a segurança do Rio passaram a ser tomadas pelo interventor federal, o general supramencionado.

À época da intervenção federal no Rio de Janeiro, a qual se estendeu de 16 de fevereiro a 31 de dezembro de 2018, e representa o contexto no qual surgiram políticas de segurança pública como a política de “abatimento”, o general da reserva do Exército Brasileiro Augusto Heleno Ribeiro Pereira defendeu a adoção de uma “regra de engajamento altamente flexível” para os militares envolvidos na intervenção na segurança pública do Rio de Janeiro (CHARLEAUX, 2018).

A “regra de engajamento”, a qual Heleno se refere, é uma espécie de manual operacional que determina como as Forças Armadas podem ou não podem usar a força num determinado contexto. Uma característica dessas regras é que elas são flexíveis e mudam de um contexto para o outro. Contudo, as regras de engajamento devem equilibrar dois objetivos conflitantes: a necessidade de recorrer à força para completar os objetivos da missão e a necessidade de evitar o uso de força desnecessária.

No contexto da intervenção federal no Rio de Janeiro, Heleno fez menção à regra de engajamento das tropas da Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti que ele mesmo comandou no país, nos anos de 2004 e 2005, a fim de defender que regras semelhantes poderiam ser usadas agora pelas Forças Armadas no Rio de Janeiro (CHARLEAUX, 2018).

Foi justamente o período em que o general Heleno esteve no comando, que concentrou os enfrentamentos mais pesados entre as forças das Nações Unidas e grupos armados organizados locais, em Porto Príncipe, capital do Haiti. O general participou de vários conflitos armados, com grande número de mortes. Todavia, no Haiti, as regras de engajamento permitiam às Forças Armadas uma amplitude de uso da força muito maior do que a lei brasileira permite para o Rio de Janeiro.

No caso do Brasil, e mais especificamente na intervenção federal no Rio de Janeiro, as Forças Armadas estavam sendo usadas em operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO). Nelas, os militares atuam como força policial, diferentemente do caso haitiano. Os manuais, doutrinas e procedimentos policiais determinam que seja feito o uso “escalonado”, “gradual” ou “gradiente” da força (CHARLEAUX, 2018).

O uso gradual da força significa que o policial deve usar sempre a menor força possível para atingir o objetivo pretendido, partindo da ordem verbal, ao uso da força física sem emprego de armas; posteriormente seria permitida a realização de disparos de advertência e, em último caso, pode-se fazer o uso de arma de fogo, apenas quando não há alternativa.

Entretanto, o general Heleno considera que esse procedimento escalonado diminui a efetividade da ação, motivo pelo qual deveriam ser adotadas regras mais permissivas durante a intervenção federal na segurança do Rio de Janeiro, tal como aconteceu no caso da Missão das Nações Unidas para a estabilização no Haiti (CHARLEAUX, 2018).

Em entrevista ao jornal Nexo², o professor de Direito, e membro do programa de pós-graduação da Escola de Comando e Estado Maior do Exército (ECEME) e do Observatório Militar da Praia Vermelha, Carlos Frederico Coelho, falou sobre as diferenças jurídicas e estratégico-militares entre as situações do Rio de Janeiro e do Haiti. Para ele, “no caso das tropas brasileiras no Haiti, tratavam-se de contingente brasileiro em operação de paz sob a égide de Organização Internacional, em país estrangeiro”. Já no caso do Rio de Janeiro, tratou-se de “utilização das Forças Armadas para atuação em território nacional, situação prevista na Constituição em caráter excepcional”.

Todavia, embora historicamente as Forças Armadas tenham sido utilizadas em operações dessa natureza, de acordo com Carlos Frederico, “dificilmente será encontrado paralelo histórico para uma intervenção tão longa, resultado de intervenção federal direta em um ente subnacional, no caso, o estado do Rio de Janeiro”. Segundo Carlos, “uma das dificuldades da intervenção federal no Rio de Janeiro foi a ausência de contornos jurídicos devidamente definidos, de modo a proteger juridicamente não só as Forças Armadas, como também a sociedade em geral, de demandas posteriores”.

Quando questionado sobre se seria desejável aplicar no caso do Rio de Janeiro regra de engajamento tão flexível ou tão permissiva quanto a que vigorou no Haiti, sobretudo nos primeiros anos da Minustah, Carlos Frede-

² Entrevista concedida por Carlos Frederico Coelho ao Jornal Nexo. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/19/O-que-%C3%A9-%E2%80%98regra-de-engajamento%E2%80%99.-E-como-ela-difere-no-Rio-e-no-Haiti>>. Acesso em: 20 set. 2019.

rico afirma que “a indicação de qual regra de engajamento utilizar é decorrente das necessidades operacionais da missão”.

À época da entrevista, a intervenção federal ainda estava em curso, motivo pelo qual Carlos acreditava ser ainda um pouco prematuro aventurar-se na discussão. Entretanto, ele pondera que “o mais importante é que, seja qual for a necessidade operacional, o aparato jurídico dispensado acompanhe tal necessidade, de maneira que não haja descompasso entre uma coisa e outra”.

Durante as eleições de 2018, Wilson Witzel, que disputou contra Eduardo Paes o segundo turno na corrida eleitoral para decidir quem seria o governador do estado do Rio de Janeiro, criticou a intervenção federal, por defender que as forças armadas não deveriam patrulhar as cidades, mas sim as fronteiras. Nessa mesma época, Witzel sustentou em seu programa de governo, que, se fosse eleito governador do estado do Rio de Janeiro, daria autorização para “abater” criminosos que estivessem portando armas de uso exclusivo das forças armadas.

Wilson Witzel foi eleito, no segundo turno, com 59% dos votos válidos, e assumiu o cargo de governador do Rio de Janeiro em 1º de janeiro de 2019. Desde então, Witzel vem afirmando em declarações públicas e na postura do seu governo, o que seria uma das principais propostas de seu programa de governo, a saber, o “abate” de qualquer pessoa que esteja portando um fuzil.

Em agosto de 2019, o atual governador do estado do Rio de Janeiro concedeu uma entrevista ao programa “Na Lata”, apresentado por Antonia Fontenelle. Nessa entrevista o chefe do executivo estadual começa sua fala defendendo o “abatimento” de criminosos que estejam portando fuzil, alegando que a ação policial nessas circunstâncias estaria acobertada pelo Código Penal vigente que autoriza a defesa da sociedade. Segundo Witzel, uma pessoa que esteja portando fuzil precisa ser “abatida” imediatamente porque é uma ameaça iminente, conforme se depreende do seguinte trecho³:

Os nossos militares tinham dúvidas: como proceder diante de alguém de fuzil? Durante várias entrevistas eu tive que explicar; me perguntando assim: governador, o senhor não está estabelecendo pena de morte? Eu falei: não! Pena é outra coisa. Após o devido processo legal, ao invés de se aplicar pena privativa de liberdade se aplica pena de morte. Aqui o Código Penal autoriza a defender a sociedade. Alguém

³ Entrevista de Wilson Witzel, governador do Estado do Rio de Janeiro, no programa “Na Lata”, apresentado por Antonia Fontenelle. A íntegra da entrevista pode ser encontrado no canal “Na Lata com Antonia Fontenelle”. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9DrsvVfn94A>>. Acesso em: 28 set. 2019.

de fuzil é uma ameaça iminente e tem que ser abatido. Não adianta você perguntar: larga o fuzil! Não vai largar... então tem que matar!

Nessa mesma entrevista a apresentadora questiona sobre um caso que ocorrera alguns dias atrás, onde um morador de rua, usuário de drogas, atacou pessoas com uma faca e foi neutralizado pela polícia com um tiro na perna. Sobre esse episódio, Fontenelle pergunta ao governador: “cadê os *snipers*... cadê o policial que chega para atirar na testa e resolver o problema na hora?”. Essa indagação da apresentadora decorre de sua opinião sobre o agressor que seria um doente mental incurável que está tirando o leito de hospital de alguém e gastando dinheiro público. Ter eliminado esse indivíduo se apresenta, assim, como a solução mais eficaz para a resolução daquele problema, ainda que este não estivesse portando um fuzil. A resposta do governador sobre o caso do morador de rua foi, primeiramente, no sentido de que a atuação policial deve apenas neutralizar a agressão e prender o indivíduo, conforme dispõe a lei. Contudo, Witzel afirma, posteriormente, que se estivesse no lugar do policial teria atirado para matar, sendo, inclusive, essa a orientação que ele e sua equipe fornecem aos policiais.

Logo, percebe-se que, na visão do chefe do executivo, a política de “abatimento” não se restringe apenas aos casos em que pessoas estejam portando fuzis, englobando situações como a do morador de rua que estava na posse de uma faca. De todo modo, ao final da entrevista, o governador reforça o seu discurso contra pessoas que estejam portando fuzis, dizendo “na lata”: “Não sai de fuzil na rua não, troca por uma bíblia... se você sair nós vamos te matar.”.

Diante de tais afirmações do governador do estado do Rio de Janeiro, torna-se elementar a análise da compatibilidade desse “abatimento” de pessoas com as normas do direito penal, a fim de verificar se essa diretriz de ação policial encontra respaldo jurídico no ordenamento vigente.

2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-PENAL DA POLÍTICA DE “ABATIMENTO”

Para saber se um policial comete um crime ao atirar para matar o portador de um fuzil é necessário, antes de tudo, destacar o que se entende por delito no Brasil. Em síntese apertada, o Código Penal (CP) em vigor descreve diversas condutas consideradas como lesivas a bens jurídicos e estabelece sanções para quem incorrer nessas figuras típicas. Contudo, não existe nenhum artigo que defina o que é crime, deixando essa incumbência aos operadores do direito que, majoritariamente, compreendem que o crime é um fato típico, ilícito e culpável. Alguns, porém, defendem uma teoria bipartida

do delito, excluindo o estrato da culpabilidade por causa do seu esvaziamento oriundo das ideias finalistas (CAPEZ, 2019).

Partindo da teoria dominante, a conduta do *sniper* de atirar, conscientemente, contra um indivíduo que esteja segurando um fuzil pode vir a se adequar perfeitamente no tipo penal do homicídio, previsto no art. 121 do CP. Como a ação do agente será sempre típica, o abatimento do indivíduo somente deixaria de ser criminoso se houvesse algum elemento que afastasse a antijuridicidade ou a culpabilidade do atirador de elite.

O art. 23 do CP estabelece as hipóteses em que uma conduta poderia ser considerada como lícita, ainda que se enquadre em um determinado tipo penal. De acordo com esse dispositivo, não haverá responsabilização criminal quando a ação for acobertada por uma das quatro causas de justificação previstas na parte geral do código, a saber, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de um direito.

O “abatimento” de criminosos que estejam portando fuzis pretende encontrar fundamentação jurídico-penal no instituto da legítima defesa, previsto no referido art. 23 e conceituado no art. 25, ambos do Código Penal. Conforme estabelecido no texto legal, uma pessoa somente pode alegar que atua em legítima defesa quando repelir uma agressão injusta, atual ou iminente, utilizando-se moderadamente dos meios necessários para garantir o seu direito ou o de terceiros. Além desses elementos objetivos, alguns autores acrescentam um requisito de natureza subjetiva que é a intenção de atuar de forma defensiva, chamada de *animus defendendi* (BITENCOURT, 2018).

Entende-se por agressão toda ação ou omissão de violência “dirigida contra bens jurídicos do agredido ou de terceiros” (SANTOS, 2014, p. 250). Partindo dessa definição, é possível afirmar que constitui uma agressão a conduta de um indivíduo que dispara com uma pistola contra um desafeto, haja vista que essa ação viola a incolumidade física da pessoa alvejada. Contudo, caso o sujeito se limite a portar uma arma, sua ação não constitui uma agressão ensejadora da legítima defesa pela ausência de violência contra terceiros, ainda que tal conduta seja passível de responsabilização criminal caso o porte seja ilegal. No caso de uma pessoa estar com um fuzil em mãos, poderá vir a responder pelo crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do desarmamento) e que foi incluído no rol dos crimes hediondos em 2017.

Não há dúvidas de que um agente armado indevidamente com um fuzil oferece um enorme perigo à coletividade, colocando em risco a incolumidade pública e também a sua própria vida. Contudo, por mais reprovável que seja, tal conduta por si só não configura a agressão que constitui um dos requisitos objetivos da legítima defesa.

Admitindo-se, hipoteticamente, que haja uma agressão na conduta de alguém que esteja portando um fuzil, seria necessário avaliar ainda o aspecto da injustiça. Considera-se agressão injusta aquela que é ilícita, contrária ao direito, ainda que não tenha natureza criminosa (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016, p. 403). Com essa conceituação seria até possível, em um primeiro momento, considerar o porte da arma como uma agressão injusta. Porém, se esse indivíduo portando um fuzil vê uma mulher sendo violentada sexualmente e dispara contra o estuprador, sua agressão não seria justa por defender a liberdade sexual de terceiros? Caso fosse preso, poderia responder pelas penas cominadas ao porte ilegal, mas não responderia criminalmente pelo disparo nessa circunstância porque a nova ação perpetrada difere do ato inicial e pode ser considerado em conformidade com o direito. Ainda que essa seja uma hipótese remota, serve ao menos para exemplificar algumas das condições que podem surgir do esforço em se servir do instituto da legítima defesa para eliminar pessoas consideradas como perigosas.

Outro óbice à aplicação da justificante consiste na necessidade de que a agressão seja atual ou iminente. Em linhas gerais, a agressão atual é aquela que é presente enquanto que a iminente seria aquela que pode ser percebida de forma manifesta (RAIZMAN, 2019, p. 296). Dessa definição não há dúvidas de que o mero fato de uma pessoa portar um fuzil não constitui uma agressão atual. O problema reside na imprecisão presente na expressão “iminente” e que acaba dando margem a interpretações equivocadas. É preciso deixar claro que a agressão iminente é diferente de uma agressão futura que pode, eventualmente, nunca acontecer. É plenamente possível que uma pessoa porte todos os dias uma arma sem, contudo, nunca ter efetuado sequer um único disparo. A iminência estaria presente no “movimento da mão do agressor em direção à arma” (SANTOS, 2014, p. 228), mas não necessariamente no simples fato de trazê-la consigo. Óbvio que é uma linha tênue, mas ainda sim é demarcatória e inviabilizadora.

É importante reafirmar que não há dúvidas de que o delito de porte ilegal de arma de uso restrito deve ser coibido pelo Estado. Uma pessoa que carrega uma arma de tamanha letalidade gera um enorme risco à coletividade pois parece estar preparada para qualquer ataque. No entanto, ainda que a chance de que esse indivíduo dispare contra alguém seja exorbitante, a agressão, propriamente, somente existe enquanto especulação, não se configurando objetivamente como iminente, muito menos como atual. Admitir a legítima defesa de agressão futura constitui uma interpretação ampliativa inadmissível, refutada pelos mais importantes estudiosos do direito penal brasileiro, conforme se depreende da seguinte passagem do mestre Hungria:

É de todo inaceitável este critério ampliativo. Não é concebível legítima defesa sem a certeza do perigo, e esta só existe, só pode existir em face de uma agressão imediata, isto é, quando o perigo se apresenta ic-

tu oculi como realidade objetiva. O perigo de uma agressão futura, por mais verossímil, não passa de uma hipótese, com a qual não pode operar o instituto da legítima defesa. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 291)

Caso o mero fato de portar um fuzil fosse considerado como uma injusta agressão iminente, há ainda a necessidade de que a reação a essa conduta seja moderada. Esse uso moderado dos meios necessários significa dizer que “não pode haver uma desproporção muito grande entre a conduta defensiva e a do agressor, de maneira que a primeira cause um mal imensamente superior ao que teria produzido a agressão” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 523). Nesse sentido, deve-se questionar se a conduta de “abater” uma pessoa que esteja apenas portando um fuzil pode ser considerada como proporcional. De um lado há um indivíduo que pode vir ou não a disparar contra alguém, enquanto que do outro está a morte certa. Logo, não parece que o “abatimento”, nessas circunstâncias, guarde qualquer proporcionalidade. Agora, se o portador do fuzil resolver praticar uma outra conduta que ultrapasse a mera ação de portar a arma de uso restrito, pretendendo utilizá-la em eventual confronto contra a polícia, aí sim poderia surgir a legítima defesa moderada por parte do agente policial, desde que presentes todos os requisitos legais desse instituto.

Não sendo justificável o “abate”, a conduta do agente policial se torna ilícita, configurando-se o injusto penal e produzindo efeitos na esfera cível. Se presente também o estrato da culpabilidade, a ação pode ser entendida como criminosa e o indivíduo que atirou estará incurso nas penas cominadas ao tipo penal do homicídio.

As forças de segurança que abaterem um indivíduo que esteja portando um fuzil estão atuando à margem dos limites legais, aplicando extrajudicialmente uma pena de morte. Ainda que agentes estatais não reconheçam, a execução de “penas” de forma ilícita é algo amplamente comentado por estudiosos do direito penal, conforme se observa da seguinte passagem:

[...] podemos dar-nos conta facilmente de que boa parte da função punitiva se realiza, ainda atualmente, fora do direito, apesar das conquistas alcançadas na história das constituições modernas, pelas teorias liberais da pena. Pense-se na gravidade do fenômeno da pena de morte extrajudicial, nas torturas, nas desapareições, nas ações ilegais da polícia, dos corpos militares e paramilitares, no excesso da função punitiva à margem legalidade, como temos visto em um passado recente sob a ditadura fascista na Europa e vemos todavia em alguns países da América Latina. (BARATTA, 2003, p. 6)

Somente o fato de não haver espaço na ordem jurídica vigente para essa medida de segurança pública já seria suficiente para rejeitar essa política. Contudo, cabe ainda verificar se esse “abatimento” é permitido pela

Constituição Federal ou encontra nesta um obstáculo insuperável que lhe retire qualquer legitimidade.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIA DA SEGURANÇA PELA POLÍTICA DE “ABATIMENTO”

Após a morte da criança Ágatha Felix, de 8 anos, durante uma operação policial realizada no complexo do Alemão no final de setembro de 2019, o Ministério Público Federal emitiu uma nota questionando a política de segurança implementada no Rio de Janeiro. Segundo a entidade, “extermínio e abate são estimulados pelo discurso oficial que trata os moradores de comunidades, em sua maioria pobres e negros, como criminosos e inimigos a serem eliminados.”⁴.

Um caso ilustrativo da política de “abatimento”, e de como ela é apresentada enquanto proposta de solução para a crise da segurança pública no Rio de Janeiro, foi o que ocorreu na ponte Rio-Niterói, dia 20 de agosto de 2019. Um rapaz teria feito reféns alguns passageiros de um ônibus da Viação Galo Branco, na ponte Rio-Niterói, na manhã da terça-feira, 20 de agosto. O suposto sequestro, que teria começado por volta das 5h30, durou cerca de quatro horas. A arma utilizada era de brinquedo. Nenhum dos 37 passageiros que teriam sido feitos reféns ficou ferido (GOMES; JANSEN; NIEDERAUER, 2019).

O rapaz ao qual foi associada a autoria do crime de sequestro, foi identificado como William Augusto da Silva, de 20 anos de idade. Após ser “abatido” por um *sniper* do Batalhão de Operações Especiais (BOPE) da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ), William chegou ao Municipal Souza Aguiar com parada cardiorrespiratória e foi constatado o óbito pela equipe médica.

O governador Wilson Witzel chegou à Ponte Rio-Niterói de helicóptero, após a morte de William, e cumprimentou os policiais, vibrando com a ação dos agentes de segurança. O presidente Jair Bolsonaro, afirmou na ocasião que “não tem que ter pena de sequestrador”. E ressaltou: “Criminoso neutralizado e nenhum refém ferido. Hoje não chora a família de um inocente” (GOMES; JANSEN; NIEDERAUER, 2019).

Nesse contexto, Wilson Witzel afirmou: “Primeiro, eu quero agradecer a Deus. Não foi a melhor solução possível, o ideal era que todos saíssem

⁴ Nota pública da 7ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, emitida em 25 de setembro de 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/nota-publica-considera-politica-de-seguranca-do-rj-incompativel-com-o-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 28 set. 2019.

com vida, mas tomamos a decisão de salvar os reféns". Witzel ressaltou também: "Tomamos a decisão de solucionar o problema rapidamente, foi um trabalho muito técnico da polícia, que usou atiradores de elite. Eu fiquei monitorando o tempo todo" (GOMES; JANSEN; NIEDERAUER, 2019).

Segundo o governador: "Foi um trabalho de excelência. Se a PM não tivesse abatido o criminoso, muitas vidas não teriam sido poupadas. E é isso que está acontecendo nas comunidades: se a polícia puder abater quem está de fuzil, muitas vidas serão poupadas". Ele afirma ainda: "Fizemos a oração do *Pai Nosso* junto com as vítimas e oramos pelo criminoso que morreu" (GOMES; JANSEN; NIEDERAUER, 2019).

Diante de tudo o que vem sendo exposto neste trabalho, compreende-se a inconveniência da política de "abatimento" como política de segurança pública, uma vez que a lógica de "abater" um criminoso que esteja portando fuzil se insere em um contexto de políticas públicas desprovidas de respaldo jurídico, a pretexto de combater a violência, mas não de preveni-la. Ademais, segurança pública, para muito além da dissuasão transgressiva, envolve um planejamento a curto, médio e longo prazo, a fim de que o problema da mitigação ao direito social à segurança seja enfrentado com vistas a garantir uma segurança pública mais eficiente às gerações futuras.

É preciso retomar o famigerado princípio fundamental da dignidade humana e questionar quem tem sido considerado como pessoa humana dentro da escolha do fazer/não fazer e até mesmo do matar/não matar das políticas de segurança pública brasileiras, e especialmente, as do Rio de Janeiro.

A eleição de um vocábulo que nem mesmo nos dicionários se aplica diretamente no sentido de execução de vidas humanas (o "abater" seria mais propriamente utilizado para árvores ou bestas) é representativo da colisão dessa política de "abatimento" com o núcleo essencial de dignidade que é comum a nós todos, pessoas humanas, portanto, portadoras de direitos inerentes, sem distinção de qualquer natureza.

É importante destacar que o sistema punitivo possui uma dimensão bifronte, composta por uma fase preventiva e uma fase executiva. Na fase preventiva, o estado busca evitar o cometimento de um ato lesivo, enquanto que na fase executiva o objetivo é cessar uma lesão em curso realizada por terceiros ou tão somente manter a ordem (RAIZMAN, 2019, p. 49). Ocorre que a atuação policial nos moldes dessa política de "abatimento" age de forma repressiva, priorizando a fase executiva, buscando apenas a garantia da ordem pública em detrimento do direito constitucional à vida que, neste caso, não cabe relativização.

Outrossim, a opção pela utilização mais intensa da fase preventiva ou da executiva decorre do grau de reconhecimento de um indivíduo enquanto

uma pessoa que possa ter a sua dignidade preservada. Quanto menos alguém é visto pelo sistema punitivo como pessoa, maior será a fase executiva que atuará reduzindo o indivíduo a uma coisa descartável, conforme se extrai do seguinte trecho:

Deve ser observado, também, que a opção em favor de uma ou outra fase e, depois, o seu grau de realização dependerá, por sua vez, do reconhecimento da pessoa e sua dignidade. Assim, quando o reconhecimento é pleno ou em proporção relevante o sistema se apresenta na sua fase preventiva, mas, quando não reconhecem de forma significativa ou, simplesmente, se desconhecem essas qualidades no agente, sua fase é executiva. Do exposto se segue que o sistema se desenvolve segundo a decodificação que faz dos indivíduos, isto é, reconhecendo-os como pessoas, com a sua conseqüente dignidade, que lhes atribui a qualidade de cidadão com diversos graus de realização, ou como elementos carentes dessas qualidades que os tornam até prescindíveis ou matáveis [...] Assim, para as pessoas que são vistas com maior dignidade são reconhecidos maiores direitos e consequentemente o estado maximiza sua dimensão preventiva, permitindo o exercício desses maiores direitos, reduzindo contra esta a sua função executiva. Com relação às pessoas vistas com menor dignidade, são reconhecidos menores direitos, de forma tal que sua dimensão preventiva é reduzida ao tempo em que é ampliada a sua fase executória (RAIZMAN, 2019, p. 49-50).

Através da análise dessa dimensão bifronte do processo de criminalização é possível perceber as variações na atuação policial que vai oscilar a depender dos locais onde uma operação é realizada. Na Zona Sul do Rio de Janeiro a polícia possui uma postura distinta da que é demonstrada nas comunidades da periferia. Além disso, “os agentes a cargo do exercício do poder punitivo se relacionam de maneira cordial com os ‘cidadãos’ e de forma diversa, por vezes agressivamente com o resto, extremando-se com aquele que se ajusta ao estereótipo de criminoso” (RAIZMAN, 2019, p. 50).

Em um plano mais pragmático, em termos de segurança pública, o estado de normalidade que a caracteriza, não é um fim em si mesmo, mas visa o cumprimento de deveres e a fruição de direitos pelos cidadãos. Dito de outro modo, o direito social à segurança (artigo 6º, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988) deve estar em consonância com a garantia de direitos fundamentais, sem os quais, a segurança pública isoladamente não terá sentido de ser: direito à vida (art. 5º caput, CRFB, 1988), direito à liberdade de locomoção (art. 5º, XV, CRFB, 1988), direito à incolumidade física e mental (art. 5º, III, CRFB, 1988), dentre outros (BRASIL, 1988).

Portanto, casos como o de Ágatha e de Willian, retratados no início deste breve capítulo, exemplificativos da falibilidade de políticas de segurança pública que, todavia, permanecem sem oferecer soluções para a crise da segurança pública no estado do Rio de Janeiro, podem ser enxergados sob o pris-

ma dos direitos e garantias fundamentais, em perspectiva com o direito social à segurança. Afinal, se o cidadão considerado como “cidadão de bem”, e até mesmo uma criança, digna de uma maior proteção estatal, não têm esse direito social assegurado, a quem se destina o direito à segurança que políticas de segurança pública, como a política de “abatimento”, pretendem assegurar? Como sustentar o “abatimento” quando quem chora é a família de um(a) inocente?

O que se percebe, ainda, é que o discurso de combate à corrupção, que em tese estaria por trás da política de “abatimento”, na prática, se volta mais para o que seria o paradigma da periculosidade (o que pode ser visto, por exemplo, nessa proposta de “abater” o criminoso que “coloque em risco” a sociedade), quando na verdade, o combate à corrupção passaria pelo paradigma da lesividade. Isto significa dizer que é preciso não só indignar-se contra o que ataca o interesse público do bem comum (o que seria melhor representado por crimes como ocultação patrimonial, evasão de divisas, corrupção passiva, por exemplo, do que por crimes como homicídio, roubo, sequestro, furto, etc.), como também é preciso estimular, através da educação, cultura, e dos direitos sociais, o fortalecimento dos laços sociais que levam os indivíduos a cooperarem para aquilo que realmente é do interesse de todos, inclusive, para a manutenção da ordem e, conseqüentemente, da segurança pública.

Esse fortalecimento dos laços sociais, por sua vez, passa pela compreensão de que a obediência dos cidadãos às normas estatais, muito mais do que os problemas de autoridade e coerção, envolve também “um dado essencialmente ético, fundado no reconhecimento da mutualidade nas prestações entre o Estado e a sociedade negociadas no espaço democrático” (ARRUDA JÚNIOR; GONÇALVES, p. 35). Pois, no mundo moderno, para além dos aspectos conviviais, a ética abrange uma obrigação que pode ser vista como uma obrigação política “de submissão ao Estado como representante da ordem pública, à qual devemos atender mediante certas contrapartidas que, entre outras coisas, assegurem a subsistência dos indivíduos como seres livres para o exercício da diferença e iguais em dignidade e nas condições práticas dessa mesma liberdade” (ARRUDA JÚNIOR; GONÇALVES, *ibidem*).

Desse modo pode-se afirmar que, só há de fato uma sociedade, quando esta oferece aos seus membros, possibilidades reais de se desenvolverem moralmente, tendo esses membros condições de atenderem materialmente às expectativas que lhe são direcionadas como deveres, obrigações, ou até mesmo promessas empenhadas. Dentro dessa perspectiva, é possível então vislumbrar o cumprimento de deveres e o sacrifício das abstenções pelos cidadãos como tendo uma contrapartida estatal, sendo esta, inclusive, uma estratégia de efetivação do que pode ser chamado *mínimo ético*, ou, dito de outra

forma, um mínimo social que repudia a exclusão social, sobretudo aquela que é posta em nome do Direito.

Nesse sentido, vislumbra-se uma alternativa não somente à crise da segurança pública como também ao problema da eficácia jurídica no controle comportamental: “A efetivação do mínimo ético torna-se imprescindível a uma estratégia de possibilitação do direito nos Estados de modernidade periférica, especialmente quando passa a vigor o consenso de que o dever de obediência ao poder instituído há de estar baseado no reconhecimento e não na pura força” (ARRUDA JÚNIOR; GONÇALVES, p. 36).

CONCLUSÃO

A “política de abatimento” não se apresenta como uma medida adequada para solucionar, nem mesmo reduzir, o problema da segurança pública no Rio de Janeiro. A lógica de combate em guerra não encontra correspondência no território carioca, tornando irracional a operacionalização policial de forma similar à missão de paz da ONU no Haiti.

Além disso, o disparo letal contra pessoas portando armas de fogo de uso restrito não parece encontrar respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, ensejando a possibilidade de que o agente policial venha a responder pelo crime de homicídio previsto art. 121 do Código Penal. A presunção de que o “abate” se enquadra na hipótese legal da legítima defesa não se apresenta como uma suposição verdadeira, haja vista não se obedecer aos requisitos legais do instituto.

Por derradeiro, a garantia da ordem pública deve ser feita de forma inteligente, não podendo servir como justificativa para a perpetuação de práticas autoritárias e violadoras de direitos humanos. O Brasil é, ou ao mesmo pretende ser, um Estado Democrático de Direito, cujo fundamento se alicerça no respeito à dignidade da pessoa humana. Logo, o poder estatal não deve agir como um homicida, muito menos defender medidas de segurança pública que promovam o extermínio, em regra, da população mais suscetível às incursões do aparelho repressivo do Estado.

O crime de corrupção passiva é muito mais nocivo à sociedade por atentar contra o bem comum e muito mais reprovável pela lei por possuir uma pena máxima em abstrato 6 anos maior do que a estabelecida para o porte de armas de uso restrito. Mesmo assim, o “abatimento” de um político flagrado com dinheiro na cueca oriundo do uso indevido do cargo seria uma postura inadmissível perante a ordem jurídica vigente. A escolha pela eliminação de um e não de outro demonstra a irracionalidade da política que, por todo o exposto, não merece prosperar.

REFERÊNCIAS

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. Saraiva Educação, 24ª Edição. São Paulo, 2018.

BARATTA, Alessandro. *Princípios do direito penal mínimo (para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal)*. Tradução: Francisco Bissoli Filho. Santa Catarina, 2003.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Exército Brasileiro. Histórico do Haiti. Disponível em: <<http://www.eb.mil.br/web/haiti/historico>>. Acesso em: 29 set. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120*. Saraiva Educação, 23ª. Edição. São Paulo, 2019.

CHARLEAUX, João Paulo. O que é ‘regra de engajamento’. E como ela difere no Rio e no Haiti. Nexo Jornal, 19 fev. 2018. Nexo Expresso. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2018/02/19/O-que-%C3%A9-%E2%80%98regra-de-engajamento%E2%80%99.-E-como-ela-difere-no-Rio-e-no-Haiti>>. Acesso em: 20 set. 2019.

ESTEFAN, Andre; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte geral*. Coordenador Pedro Lenza. Saraiva, 5ª ed. - São Paulo, 2016.

GOMES, Bianca; JANSEN, Roberta; NIEDERAUER, Ana Paula. Sequestrador de ônibus na Ponte Rio-Niterói é morto pela polícia do Rio. ESTADÃO, São Paulo, 20 ago. 2019. ESTADÃO Brasil. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,ponte-rio-niteroi-e-totalmente-interditada-por-suspeita-de-sequestro,70002974712>>. Acesso em: 21 set. 2019.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao Código Penal*. Volume I, Tomo II: arts. 11 ao 27, 5ª ed., Editora Forense. Rio de Janeiro, 1978.

IPEA. *Atlas da violência 2019*. Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

ISP. *Séries históricas anuais de taxa de letalidade violenta no estado do Rio de Janeiro e grandes regiões*. Instituto de Segurança Pública. Rio de Janeiro, março de 2019. Disponível em: <<http://www.ispdados.rj.gov.br/Arquivos/SeriesHistoricasLetalidadeViolenta.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2019.

KAWAGUTI, Luis. Rio: 6 questões sobre proposta de Witzel para "abater" criminosos de fuzil. UOL Notícias, Rio de Janeiro, 23 out. 2018. UOL eleições 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/23/quais-as-consequencias-de-atirar-para-matar-criminosos-armados-de-fuzil.htm>>. Acesso em: 27 set. 2019.

RAIZMAN, Daniel. *Manual de Direito Penal: parte geral*. Saraiva Educação, São Paulo, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral I*. ICPC Cursos e Edições, 6. ed., ampl. e atual. Paraná, 2014, 739 p.

STOCHERO, Tahiane. Dopaz: conheça a tropa de elite que o Brasil levou para pacificar as favelas violentas do Haiti. G1, Porto Príncipe, 20 set. 2017. G1 Mundo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/dopaz-conheca-a-tropa-de-elite-que-o-brasil-levou-para-pacificar-as-favelas-violentas-do-haiti.ghtml>>. Acesso em: 29 set. 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Ed. Revista dos Tribunais, 11ª ed. rev. e atual. São Paulo, 2015.

CONTROLE SOCIAL DAS ATIVIDADES POLÍCIAS COMO GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS E SINGULARIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Estudo e Comparação de Casos

Fábio Feliciano Barbosa

*Advogado/professor, mestre em políticas públicas (UERJ – PPFH) e doutorando em Sociologia
& Direito (UFF – PPGSD)
proffafèbarka@hotmail.com*

RESUMO

O presente artigo trata de ideias que desenvolvemos sobre segurança pública a partir de análises comparativas de casos de violência policial acontecidos na cidade do Rio de Janeiro e no Grande Rio. As análises dos referidos casos – todos de grande repercussão interna e externa – sugerem que, mesmo na vigência de Constituições e de regimes democráticos tem sido adotadas o que chamamos de negro políticas de segurança pública cujas singularidades mais marcantes são: a impunidade ou a demora na apuração dos casos de violação dos direitos de vítimas negras, quando perpetrados por agentes da lei; essas vítimas na verdade são tratadas e percebidas por essa política e pelos agentes dela, por causa da cor e da raça, entre outras razões, como inimigos do Estado e da sociedade cuja eliminação física é mais um dos efeitos colaterais da citada política de segurança. O nosso objetivo, com a metodologia que elegemos – o estudo comparado de casos – ‘é lançarmos mais luzes e críticas sobre as principais “engrenagens” do que denominamos de negro política de segurança pública, tão em voga nos dias de hoje e em plena vigência no Estado do Rio de Janeiro. Estamos certos de que sem controle da violência e das atividades excessivas (ilegais) das forças policiais, o que não parece ser grande drama para os formuladores, defensores e gestores da citada política de segurança, a democracia não vai avançar, não vai ser universal e não contará com a efetividade dos direitos humanos e garantias fundamentais que dão sustentação e legitimidade a ela.

Palavras-chave: policia, democracia, direitos humanos, segurança pública, garantia de direitos.

INTRODUÇÃO

Com base em observação criteriosa, somada as intensas mais breves análises comparadas de casos concretos de violência, praticados por agentes da lei ou em que eles figuraram como suspeitos de serem os autores, que tiveram lugar,

nos últimos anos, na cidade do Rio de Janeiro e no Grande Rio – apresentarmos aos nossos leitores o que denominamos de necro política de segurança pública e, na sequência, quais são as principais engrenagens (singularidades) dela e os feitos que tem sobre a democracia e a garantia dos direitos humanos já que eles são imprescindíveis para a existência e manutenção (sobrevivência) do que hoje concebemos ser a Democracia e o Estado democrático de Direito.

O tema segurança pública e as demais temáticas que têm relação direta com ele, como a falta de controle e o pouco julgamento das ações ilegais das policiais, assim como as violações de direitos humanos que têm origem nela e nele, são de suma importância “na” e para a Democracia, já que na vigência dela e das leis que ela inspira – influencia e precisa para viver como é o caso da Carta de 1988 – todos os excessos e ilegalidades, praticados por agentes da lei ou por quem quer que seja, devem ser devidamente investigados, julgados e reparados. Nas democracias de verdade – as que são levadas a sério e são realmente efetivas – todos podem ser alcançados pela lei, pela justiça e, assim, pelos agentes delas. Só assim, há e haverá, de forma efetiva e objetiva, a garantia de direitos e a distribuição/administração da justiça conforme o que determina e espera a Constituição de 1988, receptiva, desde a sua promulgação, aos direitos que constam nas leis internacionais dos direitos humanos. Acontece que, nos últimos tempos, temos notado que determinados segmentos – pessoas da sociedade brasileira e da população da cidade do Rio de Janeiro e do Grande Rio – têm sofrido constantes violações de direitos quando acontecem as operações policiais nas favelas. Elas são vítimas de tortura, de assassinatos, furtos/roubos e outras ilegalidades que, infelizmente, costumam ficar fora do alcance de justiça porque a policia tudo indica, é muito leniente com os agentes dela que comentem crimes. Não podemos ignorar que essas são importantes “dados” sociológicos e históricos e que essas violações não têm sido tratadas com a devida diligência pelas autoridades estatais – e que número bem significativo delas há participação de agentes da lei ou eles figuram como suspeitos de autoria delas. As vítimas dessas violações são pessoas negras, pobres e faveladas – os cidadãos de segunda classe cujos sofrimentos e ilegalidades não merecem receber atenção adequada da polícia, da justiça e dos agentes delas.

Assim como é público e notório o que acabemos de dizer nas linhas acima, é também pública e notória a intenção do governo do atual governo do Estado do Rio de Janeiro de não admitir erros e mudanças na política de segurança pública que vem adotando para que sejam evitadas mais mortes e violações de direitos – o que, desde já, adiantamos não combina com a Democracia e não encontra respaldo nas leis/Constituições que realmente espelham direitos e valores realmente democráticos como a presunção de inocência, a igualdade, o acesso à justiça e efetiva igualdade de direitos.

1 CONSIDERAÇÕES PROPEDEÚTICAS SOBRE A NECRO POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

As Constituições das democracias da América Latina, de países que superaram longas ditaduras, como é o caso do Brasil, da Argentina e do Chile, cujas principais marcas foram as torturas, as execuções sumárias de opositores políticos e outras modalidades de violações dos direitos humanos (VDHS), em nome da paz social favorável à segurança pública com cidadania e garantia de direitos, determinam que as agências e agentes da segurança pública e dos sistemas de justiça têm que atuar com lastro nas tradicionais garantias fundamentais e nos direitos humanos. Essas democracias constitucionalizaram essa opção política fundamental em prol da garantia universal dessas garantias e desses direitos humanos a fim de evitar, entre outras coisas, que as violações delas e delas garantias fundamentais não fiquem mais impunes.

Todas as atuais democracias assumiram e constitucionalizaram que seriam devidamente apuradas as violações das garantias fundamentais e dos direitos humanos para responsabilizar a(o)s autora(e)s delas e, assim, promover à devida reparação das vítimas – o que não tem vindo a acontecer nos últimos tempos por causa do aumento de uma tendência muito perigosa: a necessidade de aumentar a segurança (a sensação de segurança) para combater e enfrentar o crime e os tipos criminosos ideais as custas da redução/relativização (sacrifício) das garantias fundamentais e dos direitos humanos das pessoas, em especial daquelas que são portadora(e)s de marcas (“etiquetas”) históricas que indicam exclusão e/ou maior vulnerabilidade social cujos principais sintomas são: a falta de acesso à justiça e de garantia igual de direitos; o fato de quem faz parte dela ser cliente preferencial das ações das forças policiais, da justiça e das políticas de segurança permeadas de racismo, racializações e discursos de intolerância combinados com a criminalização da pobreza e dos pobres. Esse é inegavelmente o caso da população negra do Brasil e de quem faz parte dela.

No Brasil, que não é caso isolado sobre o que vamos discorrer, cada vez mais percebemos a constância e o aumento de casos de violações de direitos humanos/garantias fundamentais protagonizadas por agentes da lei – policiais – cujas vítimas são as populações e pessoas que, devido aos seus traços fisionômicos (“etiquetas”) e sociais mais marcantes, são identificadas ou se identificam como negra(os) – as principais vítimas da falta de acesso à justiça e de direitos iguais, da falta de direito à saúde e de igualdade de oportunidades e remunerações no mercado de trabalho, Segundo a ONU e OMS, mesmo após 130 do fim da escravidão, as pessoas da cor/raça negra ainda estão sujeitas a práticas de inúmeras injustiças e ilegalidades que não são apuradas e decididas corretamente pela justiça do Estado brasileiro cuja democracia e governos, ao que tudo indica, convivem bem com o que acabamos de descrever.

Numa democracia não há nada pior do que aquilo que apontamos nas linhas acima. Ainda mais que, a leitura da Constituição de 1988, indica que as forças policiais passaram a ter papel de destaque na salvaguarda dos direitos humanos e garantias fundamentais dos quais e das quais a(o)s negra(o)s como os branca(o)s são titulares, já que, no Brasil, desde a instauração da república, a igualdade formal de direitos tem sido constante nas Leis Fundamentais de todos os tempos e regimes políticos – muito embora, a garantia efetiva dela e do acesso à justiça, desde sempre tenha deixado muito a desejar.

Um grande traço, que salta aos olhos de quem vê o que está acontecendo no Rio de Janeiro quando o assunto envolve a segurança pública e temas relacionados ela, como a questão do controle e judicialização dos excessos cometidos pelas forças policiais e os agentes dela, é que os casos de violência policial praticados contra negra(o)s, pobres e favelada(o)s costumam ficar impunes por causa de diligência do Estado cujo estímulo para que isso aconteça advém da adoção e aplicação de políticas de segurança pública baseadas no confronto direto ou gemação do que quem e de quem representa o perigo e o crime – em geral pessoas negras, pobres e moradoras das favelas do Rio e do Grande Rio.

A disparidade de tratamentos e de oportunidades entre branca(o)s e a(o)s negra(o)s – os “apenas e tão somente formalmente iguais em direitos” – costuma ser vista e tratada pelas nossas autoridades estatais como algo normal (natural), justo e que, efetivamente, não violaria as leis, os direitos humanos e as garantias fundamentais da Carta de 1988 marco da transição para a democracia. Por conta do que dissemos e de tantos casos de violência policial, protagonizados por agentes da lei e cujas vítimas são negra(o)s, que não resultam em nada, que acabam em pizzas - não são devidamente investigados e judicializados a sério por quem tem a missão constitucional de apurar e julgar as ilegalidades das forças policiais – uma constante na cidade do Rio de Janeiro e no Grande Rio, acreditamos e defendemos que não é incorreto dizermos que a atual política de segurança pública do estado do Rio de Janeiro, em plena vigência do Estado democrático de direito, tem como base (regra) o confronto direto e a eliminação dos tipos humanos considerados mais perigosos, mais suspeitos e menos inocentes – pessoas cujas mortes não merecem ser investigadas. No esteio do que acabamos de dizer, essa política de segurança se favorece, se fortalece e se legitima por meio de discursos e de práticas institucionais que naturalizam os ditos efeitos colaterais dela e os sofrimentos por ela disseminados.

Sendo assim, o Estado do Rio de Janeiro pode ser tomado, em matéria de segurança pública, como uma ilha onde vigora verdadeiro estado de exceção cuja capital é a cidade do Rio de Janeiro em cujos territórios periféricos – como as favelas – são constantes as operações policiais – como é o caso da Maré – cujos resultados mais constantes são mortes, prática de crimes e de abusos suspeitos de terem sido praticados por agentes da lei que não são investigados. Lembramos que a investigação (apuração) adequada desses crimes é o primeiro passo

fundamental para que as vítimas deles tenham acesso à justiça e, assim, a garantia/reparação dos direitos dela conforme a Carta de 88 e legislação internacional dos direitos humanos da qual o Estado brasileiro é signatário.

Nas democracias, é bem verdade, as forças policiais, presentes e atuantes nos tempos de paz – “de não guerra”, têm como baliza – como limite e fundamento legitimador ao mesmo tempo – os direitos humanos e as garantias fundamentais das Constituições de cada uma delas e/ou das leis internacionais dos direitos humanos que recepcionam. Esse limite e fundamento existem para que as democracias não desnaturem com facilidade, para elas que não se rendam aos ímpetos e apelos das majorias circunstâncias e eleitorais dos momentos de crises – muitas delas frutos de manipulações de informações, para que os governos não propaguem impunemente e de forma irresponsável a ideia de que é possível – constitucional, justo, legal e democrático – usar a democracia e os recursos dela para acabar com ela e os direitos/garantias nos quais ela se sustenta e se legitima. Nas democracias, as forças policiais além de terem as suas atividades fiscalizadas por órgãos externos – como é caso do ministério público – são (devem ser) forças permanentes a serviço da garantia de direitos, por isso contrárias as que, de qualquer meio e forma ameacem, violem ou turbem direitos humanos/garantias fundamentais.

Sendo assim, é mais do que natural, mas não tem acontecido no Brasil – o Rio de Janeiro é no nosso exemplo, que os casos de violações de direitos humanos/garantias fundamentais praticados pelos agentes das forças policiais – ou por quem quer que seja – sejam devidamente investigados e julgados, que os culpados por eles sejam corretamente responsabilizados e as vítimas (ou familiares em caso de morte delas) reparadas sem muitas demoras e delongas. Podemos adiantar que sem a investigação adequada desses casos, a justa responsabilização dos responsáveis por elas e reparação devida as vítimas, a (mossa) democracia sempre ficará a dever a garantia que está em conformidade com a Constituição e as leis internacionais dos direitos humanos. Esse é um crédito que as democracias de verdade devem evitar de ter, sob pena de o crescimento dele atingir níveis capazes de comprometer a legitimidade de todas as instituições que têm alguma ligação/relação com a democracia. A existência desse crédito, que parece ser alto no Brasil dos dias de hoje – e no Rio de Janeiro – assim como as condições favoráveis ao desenvolvimento (crescimento dele) são coisas muito arriscadas para a democracia, muito graves mesmo. São realidades que, com o passar do tempo, e em curto espaço de tempo, tornará mais difícil e muito improvável a efetiva garantia e a universalização da democracia e dos direitos/garantias que fazem parte dela.

No caso do Brasil, inúmeros incidentes de violência policial – marcados pelo uso ilegal da força e de recurso letal – Casos Amarildo, Sumaré e Ágatha – evidenciam que o confronto direto, a eliminação física de “determinados tipos humanos” e a falta de punição dos casos de violência policial são as tônicas da

atual (necro) política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro. Em todos esses citados casos determinadas regras regeram o destino deles e dos envolvidos com eles: as investigações pouco diligentes das responsabilidades dos culpados; pouco acesso à justiça para as vítimas; sempre há muita resistência da polícia em reconhecer, averiguar e punir os erros de quem faz parte dela; a justiça muito raramente promover a devida reparação das vítimas – todas negras, pobres e moradoras de favelas cujos territórios são dominados pelos criminosos ligados ao tráfico de drogas ou as milícias, por exemplo.

Essas regras e o conteúdo (resultado final) dos casos citados – nos quais todas as vítimas eram pessoas negras, pobres, moradoras de favelas – evidenciaram que fazer com que as forças policiais atuem dentro da lei e com respeito pelos direitos humanos, mesmo após trinta anos de transição para a democracia, está entre os maiores e mais permanentes reptos da democracia brasileira na qual, por conta dos legados da escravidão, o uso da tortura, dos “maus tratos” e de outras modalidades de violências costumam atingir e vitimizar mais a(o)s negra(o)s, os pobres e a(o)s favelada(o)s. O que nos leva a dizer que a violação sistemática dos direitos humanos desses cidadãos e cidadãs – transformados em “permanentes inimiga(o)s objetivos do Estado – é algo que faz parte da Constituição real e não escrita da sociedade brasileira cuja Constituição escrita – formal e rígida – e leis criminalizam as práticas de violência que estiveram presentes nos citados casos de violência protagonizados por policiais e/ou pela resistência institucional da polícia em admitir e rever a (necro) política pública de segurança que vem adotando para combater o crime, as organizações criminosas e os criminoso(o)s que estão “acastelados” em determinadas territórios da cidade do Rio e do Grande Rio – as favelas, as comunidades, as periferias.

Não raro, esse “atingir mais a certos tipos humanos”, como a(o)s apontada(o)s nas linhas anteriores – segundo nosso entendimento, costuma ser naturalizado, premiado com a impunidade e reforçado com a falta de acesso à justiça para que as vítimas das violências policiais – em sua maioria pessoas negras e pobres, que vivem nas favelas e regiões periféricas – denunciem à justiça o que sofreram nas mãos dos agentes da lei que ainda não se renderam aos ditames da Carta Cidadã de 88 e aos direitos que constam nas leis internacionais dos direitos humanos que ela recepciona nas quais, insistimos em dizer, constam “recomendações” sobre como ela(e)s/ devem atuar e fazer uso dos “recursos que podem ser empregados na prevenção, repressão ou investigação dos crimes e comportamentos que resultem em comprometimentos da ordem pública e dos direitos.

Vamos ler a seguir informações sobre casos de violência policial do Estado do Rio de Janeiro que tiveram grande repercussão local, nacional e até internacional. Todos os casos coloraram na ordem do dia discussões sobre a natureza e constitucionalidade da política de segurança adotada pelo citado estado. Nosso objetivo, como não temos espaço/tempo, não é fazer detalhamentos exaustivos e

longos dos casos, mas apontar detalhes fidedignos deles que deixem bem inteligíveis as seguintes informações: a) a suspeita de participação e/ou a real participação de agentes da lei neles; b) o pouco empenho (diligência da) da polícia em resolvê-los e da justiça em julgá-los; c) todas as vítimas eram negra(o)s, pobres e moradores de favelas – as regiões onde diariamente acontecem operações da polícia militar que costumam resultar em mortes, práticas de crimes e outras violações de direitos cuja autoria é atribuída por testemunhas e vítimas a policiais militares, mas que não são devidamente investigadas e julgadas – não são levadas à sério, parafraseando o famoso jurista americano Ronald Dworkin (2010), um dos grandes teóricos da atualidade do direito.

Diante do que acabamos de apresentar, defendemos que no estado do Rio de Janeiro – em especial na capital dele, o Rio de Janeiro, e nas regiões do Grande Rio, como é o caso da Baixada Fluminense – está instaurada e em curso o que na falta de terminologia mais adequada denominaremos de necro política de segurança pública cuja tônica estruturante, sem sombras de dúvidas, é a crescente violação e a constante relativização dos direitos humanos/garantias fundamentais de determinadas porções da população e dos indivíduos que, embora dispondo de direitos formalmente iguais, não conseguem ter acesso à justiça e garantia igual de direito sempre em nome do estabelecimento e da manutenção de uma ordem social – e de uma segurança pública – cujos rivais mais constantes, principais inimigos e grandes ameaças são essas determinadas pessoas, certas coisas e atividades com as quais elas – menos iguais, menos inocentes e menos merecedoras de respeito e de garantia de direito por parte do Estado – lidam e se envolvem.

Afim de exemplificarmos quais são os grandes traços (engrenagens/singularidades) do que chamamos de necro política de segurança pública, apresentaremos casos concretos que envolvem violências praticadas – algumas delas protagonizadas por agentes da lei – contra as pessoas e/ou as populações que, reiteradamente, são percebidas e tratadas como inimigos objetivos da sociedade e do Estado, e que, por conta disso, não têm direito a tratamento igual, a presunção de inocência e a proteção do Estado quando os seus direitos são violados ou ameaçados por quem quer que seja. Um dos principais sintomas constitutivo da necro política de segurança é fazer crer que é natural o sofrimento, a negação das garantias fundamentais e as violações de direitos de quem é identificado – classificado – pelos ideólogos e cânones dela como inimigos objetivos do Estado e da sociedade.

Os casos concretos que apresentaremos e até mesmo compararemos, ainda que rapidamente, na verdade são micro-histórias de cujos pequenos conteúdos e podemos extrair e algumas informações sobre os grandes fenômenos que despertam e aguçam as nossas curiosidades epistemológicas sobre fenômenos sociais que existem ou que identificamos – no é caso a necro política de segurança.

Segundo Boris Fausto, alguém muito versado no estudo de casos e das micro-histórias:

A partir de historiadores [...] como Carlo Ginzburg, Giovanni [1970], a micro-história tornou-se um gênero histórico muito prestigioso no mundo ocidental. Seus objetivos básicos podem ser assim resumidos: a) reduzir a escala de observação [...] a fim de apreciar ações humanas e significados que passam despercebidos quando se lida com grandes quadros; b) concentrar essa escala em pessoas comuns e não em grandes personagens [...] c) extrair de fatos aparentemente corriqueiros uma dimensão sócio-cultural relevante (FAUSTO, 2009, p. 9)

Optamos pelo estudo comparado de casos de grande repercussão, como método para realizarmos o trabalho de explicitar e criticar o que julgamos ser necro política de segurança pública porque o conteúdo deles vai de encontro ao que inúmeras instituições internacionais têm anunciado (denunciado) sobre o Brasil em matéria de garantia de direito, segurança pública e funcionamento da justiça: a(o)s negros, assim como os pobres e favelados, dificilmente têm acesso à justiça e a efetiva garantia igual do direito. Essa situação se agrava quando o violador é agente do Estado, nomeadamente policial civil ou militar. Na prática, na cidade do Rio de Janeiro e no Grande Rio, ser negra(o) e estar diante da polícia significa estar sujeito a prática de eventuais ilegalidades que não serão apuradas e tratadas como tal, mas como resistência a ação legal e legítima da lei e dos agentes dela, a ações cujos resultados, por mais gravosos que sejam, facilmente serão ignorados ou legitimados pela justiça. É cada mais visível e perceptível que, na cidade do Rio de Janeiro e no Grande Rio, a falta de investigação adequada das ações ilegais da polícia e dos agentes dela é uma rotina que não tem causado grande estranheza e repulsa na justiça e nas entidades da sociedade civil. Considerar essa falta normal e natural faz parte do que consideramos ser as engrenagens constitutivas da negro política de segurança pública que tem sido a regra na cidade do Rio de Janeiro onde foram criadas e empregadas as UPPs – a grande aposta em matéria de segurança pública.

Sendo assim, como dispomos de “pouco tempo” espaço e nosso objetivo é provocar discussões e reflexões sobre a negro política de segurança pública que citamos no parágrafo e linhas acima – mas sobre a qual ainda vamos discorrer mais, achamos por bem lançar mão de estudos de casos concretos de violência policial que tiveram – e anda têm – grande repercussão sobre as discussões e as críticas sobre como deve ser e não deve ser a política de segurança pública e o controle das ações da polícia na vigência da democracia para apresentarmos as nossas considerações e críticas sobre a negro política de segurança que está em curso no Estado do Rio de Janeiro.

2 TRÊS CASOS CONCRETOS DE VIOLÊNCIA POLICIAL OU QUE SUPOSTAMENTE TÊM RELAÇÃO COM ELA.

Caso (1) Amarildo. Amarildo, homem negro, morado da Rocinha, ajudante de pedreiro que ficou conhecido nacionalmente e internacionalmente por conta de seu “desaparecimento” – em julho de 2013, depois de ter sido detido por policiais militares, na porta de casa, e levado até a sede da Unidade de Polícia Pacificadora Rocinha onde vivia com a sua família. Amarildo foi preso porque fora confundido por policiais da UPP da Rocinha com traficante de drogas que procurado pela justiça. O corpo nunca foi localizado e caso se tornou símbolo de abuso de autoridade e de violência policial. Os principais suspeitos do desaparecimento de Amarildo integravam a própria polícia militar. Amarildo foi vítima de tortura. Foi preso, julgado e sentenciado por quem, por ser agente da lei, caso ele tivesse contas a acertar com a justiça, deveria tê-lo conduzido à autoridade policial competente – o que não aconteceu. No ano de 2016, o *parquet* denunciou a justiça 25 policiais militares envolvidos no caso dos quais apenas 12 foram condenados na primeira instância da justiça carioca. Dessas oito condenações, a de 4 réus foram revistas pela segunda instância.

A Justiça fluminense também condenou o governo do estado do Rio de Janeiro a pagar uma indenização à família da seguinte forma: a) a viúva e os seis filhos receberiam R\$ 500 mil cada. Na mesma sentença, ficou determinado que: os filhos de Amarildo deveriam receber pensão até completarem 25 anos; uma mãe de criação e dois irmãos de Amarildo receberiam R\$ 100 mil cada. O pagamento da referida indenização ainda não se efetivou por causa da interposição de recursos por parte do Estado.

Seja como for, o Caso Amarildo é ainda nos dias atuais a prova da fragilidade da necro política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro cuja grande aposta, no apíx da existência das UPPs, era a formação e o emprego da polícia de proximidade nos territórios (nas favelas), dominados pelo crime organizado (tráfico de drogas) para ordená-los conforme o Direito. O objetivo anunciado dos formuladores dessa política de segurança era livrar esse território (favelas) e as populações dele (favelados) que, havia muito tempo, estavam sob o domínio e o comando efetivo de criminosos e do crime organizado – os novos inimigos públicos número um da sociedade e das pessoas de bem. Só que, conforme ensinou o Caso, a polícia de proximidade não abriu mão de fazer uso de recursos de ilegais para controlar e reprimir comportamentos e os tipos ideias de criminosos e de suspeitos. O resultado não e não está sendo bom.

O que mais nos causou estranheza no Caso Amarildo é que, depois de ter sido preso e já estar “dominado”, pelos agentes da lei que o abordaram, apanhou e ainda foi torturado por eles nas dependências da UPP da Rocinha – território que, em tese, não pode e deve haver ilegalidades, violações de direito. Tudo isso

que estamos contendo aconteceu no local citado e na presença de outros policiais militares que, tendo o dever de impedir e coibir crimes, se omitiram.

Como a polícia não reviu os seus procedimentos de abordagem e detenção de suspeitos, como ainda mantem os dois tempos do Caso Amarildo, e agora está mais evidente que vige uma necro política de segurança pública, não é errado vaticinarmos que há clima organizacional favorável nela à violação de direitos de quem é preso, principalmente quando esse preso é negro, pobre e favelado – alguém que tem todas as marcas indicativas de que se trata de um possível/presumível criminoso, inimigo objetivo do Estado/sociedade que, para o bem e segurança da sociedade e das instituições, pode e deve ser privado das suas garantias fundamentais – a liberdade é uma delas – e garantias fundamentais/direitos humanos – já que para os postulados centrais do que defendemos ser a atual necro política de segurança tanto essas garantias como direitos só servem para proteger bandidos (pessoas que não merecem ter direitos iguais) e assegurar a eles a impunidade nos julgamentos da justiça e no curso das ações da polícia – uma leitura “torta” e equivocada, de nítida inspiração fascista, do que essas garantias e direitos realmente são e representam; uma leitura cujo ímpeto é criar condições cada vez mais fortes e menos questionáveis para que a naturalização da violação das garantias e dos direitos da(o)s negros, pobres e favelados não seja questionada e revista conforme o que a Constituição determina.

Caso (2) Sumaré. Em junho de 2014, os policiais militares BGH e LMD¹ foram denunciados pelo *parquet* por prática de homicídio, tentativa de homicídio e ocultação do cadáver. A vítima mortal: um menino negro de 14 anos. Esses policiais realizavam patrulhamento de rotina na Avenida Presidente Vargas, no centro da cidade Rio de Janeiro. Após terem recebido denúncias de transeuntes, passaram a procurar por dois “menores de idade” que estariam cometendo assaltos na mencionada avenida. Depois de terem localizado, abordado e apreendido as duas crianças – os “dois menores de idade”, ao invés de levá-las para a Delegacia de Proteção da Criança e do Adolescente – o que era o certo e legal de ter acontecido – os policiais acharam por bem aplicar um corretivo neles.

Foi então que decidiram rumar para o Morro do Sumaré, localizado no Parque Nacional da Tijuca, Zona Norte do Rio de Janeiro, local afastado e muito deserto. Lá chegando desferiram disparos de arma de fogo contra as crianças apreendidas a fim de matá-las. Depois de efetuados os disparos e de terem constatado que elas haviam morrido, os policiais mexeram na cena do crime – o que é crime – a fim de dificultar a identificação/localização dos cadáveres. O que os policiais não perceberam é que uma das crianças baleada por eles, para a sorte dela, não havia morrido. Para se salvar da morte, ela se fingiu de morta. Todo caso só vai a baila porque na viatura conduzida

¹ Nomes fictícios dos reais envolvidos e comprovadamente autores dos crimes.

pelos autores dos crimes retro havia sistema de filmagem interna que captou as imagens cujas análises foram cruciais para que o caso fosse investigado e julgado.

Outros importantes detalhes desse caso: as imagens captadas custarem a ser divulgadas e investigadas, mas ninguém foi responsabilizado por isso. O sobrevivente desse caso – criança negra, a que se fez de morta para não morrer – contou aos investigadores que, depois de ter disso baleada nas costas e perna, "já me botaram no chão atirando no meu joelho [e que] o outro [policial, eram dois] foi e falou assim: 'Pega lá o fuzil'. Foi já pegando o fuzil e dando nas minhas costas".

Caso (3) Ágatha Vitória. No dia 20 de setembro de 2019, no Complexão do Alemão, uma das maiores favelas da cidade do Rio de Janeiro, Ágatha Vitória, negra, moradora daquela localidade, com 8 anos de idade, foi abatida nas costas por tiros disparados, segundo testemunhas, por uma policial militar. Mesmo socorrida, ela não resistiu aos ferimentos e faleceu. As testemunhas do caso, como motorista que dirigia o veículo no qual ela se encontrava, ao ser atingida, foi categórico em dizer que não havia trocas de tiro entre os policiais e traficantes.

O Caso Ágatha ganhou as manchetes dos jornais nacionais e internacionais. Chamou a atenção de especialistas e de instituições internacionais para as falhas da atual (necro) política de segurança pública do estado do Rio que foram unívocos em dizer que ela tem como base a matança e a eliminação física – de pessoas negras, pobres e faveladas. Segundo moradores do Alemão, testemunhas do caso, não havia operação policial nem tiroteios no momento da morte da vítima, mas uma policial teria efetuado disparo na direção de um motociclista que ignorou a ordem de parar.

Nesse caso, o que causou muita consternação foi a postura oficial do governo do Estado do Rio que, ao se pronunciar, anunciou que não vai haver mudança na condição da política de segurança. Ao não admitir mudanças, o Estado sinalizou que as investigações de mortes e dos abusos cometidos pelos agentes da lei, no curso de operações policiais nas favelas, o governo deixou evidente que continuará a não haver acesso à justiça, garantia igual de direitos e justiça para quem for vítima da violência policial – grave ameaça a democracia, ao Estado democrático de direito e aos direitos humanos.

A leitura atenta dos casos nos faz ver que as vítimas da violência e do que dissemos ser necro política de segurança do Estado do Rio estão sob fogo cruzado: de um lado, estão os criminosos e as organizações criminosas que controlam e comandam os territórios e as populações das favelas e contra elas praticam crimes que não são apurados. Lembramos que esses criminosos e organizações não têm compromisso com a vida e com a garantia de direitos de quem quer que seja. Do outro lado, e a população no meio, estão as forças de segurança pública (policiais) cujas ações devem ser pautadas pelos direitos humanos e os excessos

por elas cometidas sempre devem sempre apurados e julgados, mas nem sempre são.

Os estudos comparados desses casos são capazes de revelar importantes informações sobre as macro rotinas das instituições policiais e judiciais que nos ajudam a ver e entender os obstáculos que dificultam o acesso à justiça e a garantia dos direitos para quem é vítima da violência policial. Dentre esses obstáculos merece lembrança a histórica falta de diligência da polícia em investigá-los, do ministério público denunciá-los a justiça e desta última em julgá-los. É claro que há também, e não é de hoje, certa leniência (resistência) por parte do justiça em julgar – declarar ilegal e inconstitucional - não só o que apelidamos de necro política de segurança pública, mas os autores dos crimes, ilegalidades e excessos que ela tem fomentado, principalmente quando há envolvimento neles de agentes da lei, e ainda mais quando, como está acontecendo no momento, a sociedade é tomada por cruzadas moralistas e por apelos políticos convergentes em críticas à democracia e aos direitos humanos que advogam que tudo pode e deve ser feito (tentado) contra o crime e os tipos ideais de criminosos da nossa sociedade que, por essa singularidade – uma construção puramente ideológica, são percebidos e tratados pelo Estado e boa parte da sociedade como inimigos, perigosos e os objetivamente os mais suspeitos – os cidadãos de segunda classe cujas denúncias que marram as ilegalidades que sofrem não devem ser levadas a sério.

3 MAIS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CASOS E A(S) NECRO POLÍTICA(S) DE SEGURANÇA PÚBLICA

Abdias Nascimento (1978), primeiro senador negro do Brasil e liderança histórica da luta contra o racismo, ao comentar a situação da população negra do Brasil, no pós-Abolição, desde sempre denunciou que a(o)s negra(o)s eram vítimas de verdadeiro genocídio. Para ele “as feridas da discriminação racial se exibem ao mais superficial olhar sobre a realidade social do país” (ABDIAS, 1978, p. 82). O que acabamos de apontar sobre as singularidades do que vem a ser a atual (vigente) política de segurança pública necropolitizada do Estado do Rio de Janeiro, onde é muito alto e constante o número de negra(o)s mortos nas ações da polícia, só faz confirmar a existência do genocídio da população negra para o qual concorrem, entre outros fatores, a falta de mecanismos efetivos de controle e avaliação das ações policiais ilegais. Inspirados em Abdias Nascimento, somos levados a crer e a dizer que a referida necro política de segurança pública necropolitizada é mais uma das engrenagens que dão sustentação e tornam possível a genocidação (massacre) de quem faz parte da população negra do Brasil.

Com base nos estudos comparados de Henry Louis Gates Jr (2014), sobre a condição das populações negras e dos negra(o)s em diversos países da América

– do qual o Brasil é parte e tem a maior população de negra(o)s, muito embora livres e formalmente iguais em direito – eles ainda sofrem muitas discriminações por causa dos estigmas que historicamente estão relacionados a cor, raça e gênero, cujas origens e razões de ser repousam diretamente nos idos tempos coloniais ou do que deles ainda permaneceu de pé nas sociedades pós coloniais como associar a(o)s negra(o)s ao crime, a criminalidade, as coisas e as atividades tratadas como nocivas e perigosas que precisam ser “descartadas” ou eliminadas para que o progresso flua e a ordem se instaure. Daí vem a tendência, ainda presente e forte na política de segurança pública necropolitizada, de mesmo nos dias atuais ainda ser considerado normal (natural) se associar a(o)s negra(o)s ao crime e de se achar justo – não ser uma verdadeira ilegalidade – não haver investigação diligente, tratamento adequado e decisão justa (e no tempo certo) dos casos de violências policiais praticadas contra ela(e)s e quem mais vive nas favelas.

Os conteúdos das notícias sobre os casos que nós citamos e comparamos indicam que neles (sempre há) houve: a) a participação de agentes do Estado (policiais) nas violações de direitos/garantias cujos resultados foram as mortes de vítimas negras, pobres e moradoras de favelas; b) esses agentes, quando não são os responsáveis diretos por essas mortes, estão entre os suspeitos de terem dado causa a elas; c) nas duas hipóteses a falta de diligência do Estado em apurar e em judicializá-las (o que cabe também para outras formas de ilegalidades) foi decisiva para postergar ou frustrar a obtenção de solução adequada ao que o direito determina por ser próprio e da natureza do regime democrático; d) sempre há uma tendência discursiva defensiva, vinda e formulada do Estado ou de segmentos mais politizados da sociedade civil, cujo ímpeto é naturalizar (justificar e legitimar) as outras três engrenagens e tudo que decorre delas como a demora e/ou impossibilidade (frustração) da apuração do elevado número de mortes de pessoas negras quando acontecem operações das forças policiais nas favelas. Essas seriam, ao nosso ver, as macro engrenagens sociológicas e jurídicas (elementos constitutivos) desses casos cuja presença sempre é notada e capitada por qualquer forma de registro deles. Seja como for, todos esses elementos constitutivos (engrenagens) comprometeram e sempre comprometem o acesso à justiça e a garantia/reparação dos direitos das vítimas – o que não foi, é e será bom para a democracia e a cidadania que ela precisa promover e garantir com a mesma intensidade para todos os sujeitos de direito dela.

As engrenagens constitutivas dos casos concretos que usamos – presentes em outros da mesma natureza e envergadura – somadas as considerações de Achille Mbembe (2018) sobre a necropolítica e as sociedades pós-coloniais, nas quais o racismo e a racialização ainda são muito fortes, nos levam a dizer que no Brasil – exemplo de sociedade pós-colonial e (semi)periférica do mundo atual – vigora e está em curso, em uma das suas mais conhecidas cidades e centros urbanos – o Rio de Janeiro – uma política de segurança pública necropolitizada cujas singularidades mais marcantes seriam: a) o emprego sistemático do enfren-

tamento e da eliminação física das populações e dos tipos humanos que encarnam/materializam a figura dos criminosos, das atividades ilegais e dos perigos ideais contra os quais o Estado e a sociedade devem centrar e usar – dentro ou além das leis e da Constituição – todas as suas forças e recursos a fim de controlá-los e, assim, manter a ordem e garantir a segurança pública que as pessoas de bem e as “boas atividades” necessitam para que haja segurança e paz; b) o crescente número de mortes e de ilegalidades provocadas pela polícia ou que contam com a participação dela ou que há suspeita de agentes dela terem participado que não são devidamente apuradas e julgadas; c) a histórica falta de acesso à justiça para determinadas porções e indivíduos da nossa sociedade que não têm garantia igual de direitos por causa da cor, raça, gênero, local de moradia, origem, etc.; d) sempre haver presunção absoluta (praticamente incontestável) de legalidade das ações da polícia e dos agentes dela e suspeita também incontestável da presunção de inocência de quem é vítima das ações ilegais dos agentes da lei/da polícia e, sendo assim, denuncia que eles agiram fora da lei, contra a Constituição e os direitos humanos.

Segundo o que aduzimos do pensamento de Achille Mbembe (*idem*) sobre a constituição da mencionada necropolítica – do que ela vem a ser, dela fariam parte o poder, “os recursos”, os discursos e as fundamentações ideológicas dos quais dispõem e se valem os colonizadores ou quem atua sob as lembranças dos tempos coloniais para decidir quem, no território conquistado / governado – via eleição ou não – deverá morrer ou viver para que a ordem e as atividades em curso nele sejam mantidas e continuem integralmente protegidas de críticas e ingerências indevidas. Dela faria parte também o poder desses colonizadores, de que age por eles ou inspirados nas ideias mais marcantes deles de impedir que as investigações das ações ilegais das forças policiais/dos policiais, que vitimam negra(o)s sejam devidamente investigadas, julgadas, vistas e tratadas como reais injustiças capazes de comprometer a democracia e os fundamentos dela.

Notamos, por conta da observação criteriosa e atenta das engrenagens constitutivas dos casos concretos, provas da existência do que denominamos ser a política de segurança pública necropolítica que, onde ela está instaurada e vige, como é o caso da cidade do Rio de Janeiro e da região ao redor dele, cujas vítimas mais constantes dela não têm direito à isologia para que as coisas (crimes) que sofrem e as humilhações a que são submetidas ganhem o mundo, as formas e as consistências que a justiça estabeleceu como sendo razoáveis para haver a judicialização das violações de direitos humanos/garantias fundamentais. Segundo I. F. Stone, a isologia é “o direito de todos à palavra, à expressão de um pensamento” (STONE, 1988, p.14). Quando estamos diante de política de segurança pública necropolítica sempre percebemos que certos segmentos sociais e indivíduos não têm direito à palavra igual porque as desigualdades deles são percebidas como inferioridades que colocam em risco o Estado e a sociedade.

A política de segurança pública necropolitizada nega o direito igual a palavra para as vítimas dela porque essa negação é necessária para a naturalização e a legitimação do que elas sofrem e suportam: constantes e sistemáticas violações de direitos e de garantias fundamentais que, devido a essa negação – algo muito forte – são tomadas e tratadas como nada, coisas impossíveis de terem acontecido, mentiras e exageros de quem é ameaça viva, o verdadeiro perigo que deve ser controlado, combatido e até mesmo eliminado. Essa negação faz com que, entre os iguais, existam os mais iguais – ela desiguala ainda mais os materialmente desiguais e tão somente formais perante a lei. Os mais iguais, o que não são vítimas da falta de isologia, mas tiram proveito dela – mesmo quando calados – são os que têm direito as palavras mais fortes (consideradas verdadeiras) para criticar ou resistir às denúncias vertidas contra a aplicação das atuais políticas de segurança pública e sobre o que é crime e quem / o que deve ser criminalizado.

O que ainda podemos dizer sobre a política de segurança necropolitizada e as engrenagens constitutivas dela por conta das nossas análises sobre os casos? Com base nas lições de Frantz Fanon (FANON, 2010), contidas no livro *Condenados da Terra*, no qual ele formulou e apresentou uma potente teoria geral da colonização, podemos dizer que essa política se aproveita dos elementos das sociedades coloniais que ainda sobrevivem (perduram) nas sociedades pós coloniais como é o caso do racismo, da racialização e das tendências discursivas, comportamentais e institucionais que insistem em perceber e tratar a(o)s negra(o)s, por exemplo, como seres inferiores, naturalmente mais propensos ao crime e a criminalidade – os sempre mais perigosos, menos inocentes e mais suspeitos. Por conta do que dissemos, ela(e)s não são titulares de direitos realmente iguais nem merecedores de tratamentos igualitários e, nos tempos atuais, merecedores de proteção efetiva do Estado para que as violações dos direitos/garantias deles não fiquem impunes.

Essa política de segurança pública necropolitizada, cujos envolvimento com o racismo são evidentes e muito reveladores, é prova cabal de que o fim formal do colonialismo não significou a superação das práticas e das mentalidades de cariz colonial. Ela é a prova da existência e da grande força de outra poderosa realidade (fenômeno social), sempre comprometedor da democracia, da cidadania, do acesso à justiça e da garantia igual de direito: a existência e não enfrentamento diligente das porções/regiões (semi)periféricas da Carta de 88 nas quais estão positivados os direitos humanos e garantias fundamentais dos que só são formalmente iguais perante a lei, mas não na aplicação dela, no acesso à justiça e no que é necessário para haver mais igualdade real – como acesso à saúde, à educação, ao trabalho, à oportunidades e a remunerações iguais, entre outros.

Das lições que extraímos de Franzt Fanon (2010), contidas no livro acima citado, fica fácil percebermos que a superação do mundo colonial não fez surgir

vias seguras de passagens desse mundo para o mundo não colonial. Na concepção dele, com a qual concordemos, a destruição do mundo colonial acontece de forma efetiva (e real) quando o mundo colonial e o que faz parte dele é enterrado no solo ou realmente expulso do território que já foi colônia. Quem sabe dar fim a sistemática falta de punição dos casos de violência policial, entre outras medidas, não seja uma forma de começarmos a enterrarmos e acabarmos com o que restou das sociedades coloniais nas hoje pós-coloniais. Quem sabe? Quem sabe rever a atual política de segurança que está em curso e sendo aplicada no Estado do Rio de Janeiro – contra a qual nos insurgimos – não seja mais um passo decisivo para começarmos a enterrar mais partes significativas das heranças coloniais que herdamos do passado.

Estamos certos de que a falta de punição e de apuração adequada dos casos de violência policial, cujas vítimas são pessoas negras das favelas cariocas e do grande Rio, cabem perfeitamente no que Tzvetan Todorov (2012) diz ser “inimigos íntimos da democracia” – mas, nós preferimos chamar de inimigos não só internos, mas de muito íntimos e próximos das democracias, do que ela representa e do que tem relação com ela como constituições e ações governamentais que se preocupam em promover mais igualdade material entre os apenas formalmente iguais. Não podemos deixar de dizer que, no Brasil e em várias partes do mundo atual, governos eleitos democraticamente têm adotado políticas de segurança pública como a que criticamos e, na sequência, têm vindo a defender a ampliação de crimes, o endurecimento das formas de punição e o aumento do tempo de encarceramento e a redução (relativização) dos direitos humanos e das garantias fundamentais como soluções mágicas capazes de conter os crimes e os tipos criminosos e, assim, promover mais segurança.

Com lastro nas assertivas de Roberto Kant de Lima (LIMA, 1995) sobre os dilemas e paradoxos da polícia da cidade do Rio de Janeiro, e por conta das considerações que apresentamos sobre o que consideramos ser a necropolítica de segurança pública que vem sendo adotada nela e nas regiões ao redor dela – o Grande Rio, somos levados a dizer que enquanto não for superada a falta de leniência da polícia – e também da justiça – em lidar com as denúncias de violações de direito, protagonizadas pelos agentes delas, a democracia não vai avançar e, assim, não vai garantir de forma igual e efetiva os direitos daquela(s) que, por conta da cor, raça, gênero e do local onde vivem, são tratados e percebidos pelos governos, forças de segurança e sistema de justiça como a(o)s verdadeiros inimiga(o)s objetivos da sociedade e do Estado cuja existência e realização das atividades mais corriqueiras atividades e sociabilidades – como organizar certas atividades culturais como os bailes funks – são consideradas perigos reais e eminentes contra os quais as forças policiais devem agir com muito mais rigor, força e empenho e cujos excessos não devem ser tratados como ilegalidades – crimes – pelos órgãos e agentes deles que devem velar para que os direitos humanos sejam realmente respeitados.

Para os advogados de plantão do que defendemos ser a necro política de segurança pública são consideradas normais – meros efeitos colaterais, dentre outras coisas, a sistemática eliminação física – massacre / genocidação – da(o)s que são percebida(o)s e identificada(o)s como inimiga(o)s objetivos do Estado e da sociedade, a desconsideração da igualdade e da presunção de inocência dela(e)s. Lembramos e alertamos a quem está nos lendo que essas coisas que esses advogados consideram normais (justas e legítimas) são partes das engrenagens que, conforme vimos, integram a atual negro política de segurança pública que o Estado do Rio de Janeiro vem empregando na cidade do Rio de Janeiro, no Grande Rio, nas favelas dessas localidades que são, na verdade, verdadeiras ilhas (territórios) onde vige e atua o Estado de exceção preconizado por Giorgio Agambem (AGABEM, 2004), o contrário da democracia e do Estado de direito, o Estado que, segundo o pensamento desse autor, acaba legalizando e convivendo com aquilo que a princípio não pode ter forma legal – a eliminação física (massacre/genocidação) de certos tipos humanos e a falta de apuração adequada das denúncias da constante ocorrência dela.

CONCLUSÃO

As avaliações e os julgamentos (controles) das ações ilegais das agências da segurança pública e dos agentes dela pela justiça são garantias fundamentais da democracia que, infelizmente, no Brasil, não são muito efetivas e estão longe de sê-lo. Na realidade pelo que vimos, na visão de quem pensa, executa e comanda a necro política de segurança do estado do Rio, onde as UPP a inefetividade deles não é vista e tratada como grave problema da democracia que precisa ser resolvido, mas com algo normal. Resta-nos saber o porquê disso e porque as necro políticas de segurança pública, com a que estamos criticando, avançam tanto e reverberam sobre as mais diversas esferas de poder da nossa federação que, de alguma foram, vão lidar com a segurança pública e terão de empreender ações necessárias à consecução dela conforme a Constituição de 88. Enquanto perdurar o fogo cruzado, que apontamos nas linhas passadas, as pessoas das favelas, onde vivem muitas pessoas negras e pobres, serão de sujeitos formais de direitos – cidadãos de segunda categoria - que não têm e não terão acesso efetivo a justiça para denunciar as violações dos seus direitos/garantias e, com isso, cobrar as reparações que lhes são devidas por conta da ocorrência delas.

As análises dos casos nos levam a dizer que a democracia só é efetiva quando tem condições reais de efetivamente assegurar os direitos humanos. Infelizmente, enquanto perdurar a negro política de segurança pública será difícil a nossa democracia avançar e fazer com que os direitos previstos na Carta de 88 sejam efetivos. Saída para nossa a democracia avançar pode ser o aumento do ensino e da carga horária dos direitos humanos nos cursos de formação dos nossos futuros agentes da lei. É claro que essa medida deverá combinada com ou-

tras como a criação de sistemas mais efetivos de controle e apuração das ilegalidades cometidas pelos agentes da lei.

Acreditamos que as nossas considerações sobre a necro política de segurança pública que o governo do Estado do Rio vem adotando e as principais engrenagens dela, tenham contribuído para reflexões sobre alguns sintomas que colocam em dúvida a adequação constitucional do tratamento que a polícia e a justiça têm dispensado aos casos denúncias de violações de direitos praticadas por agentes da lei nas favelas do Rio de Janeiro. Não tratar adequadamente essas denúncias é algo (injustiça) que não combina com a democracia e com o que tem relação com ela.

Não podemos conviver mais com necro políticas de segurança pública que fazem do confronto e da eliminação física dos tipos ideais de criminosos e dos mais (sempre) suspeitos os seus fundamentos e as suas grandes razões de ser. A Democracia não pode aceitar, em hipótese alguma, o estabelecimento e a execução de necro políticas de segurança pública como a que acabamos de criticar, já que na base delas estão pressupostos ideológicos (engrenagens) cuja missão central é naturalizar os crimes que certos agentes de lei praticam contra as pessoas negras, pobres e faveladas. Na visão de quem pensou e defende a adoção dessas necro políticas de segurança pública, a(o)s negra(o)s e os pobres percebidos como inimigos objetivos do Estado e da sociedade que precisam sem contidos e até eliminados para que haja paz e segurança.

Estamos convenidos de que democracia não combina com necro políticas de segurança pública porque nelas encontramos territórios e segmentos populacionais que vivem sob o império de verdadeiro estado de exceção cujos agentes/gestores desejam coroar blindar os seus erros, excessos, desvios e crimes com a impunidade, a falta de acesso à justiça e a certeza – garantia de que – as denúncias de violações dos direitos de determinadas pessoas e certas porções (coletividades) da população, como é o caso dos negra(o)s e pobres – não receberão a devida atenção/tratamento dos órgãos/agentes do Estado cuja missão constitucional é investigar-las e julgá-las. Por conta do que nós acabamos de dizer, acreditamos que o controle e a avaliação adequada das atividades das polícias são garantias dos direitos humanos e também singularidades fundamentais e legitimadoras do Estado Democrático de Direito.

Consideramos que ver e tratar como objeto passível investigações sociológicas e legais, a necro política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, pode ser um passo fundamental para a busca de novas cognições sobre a segurança pública que podem ajudar no avanço e no fortalecimento/ na universalização da democracia.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção – Homen Sacer, II e I*. Tradução. Iraci de Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

DWORGINK, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FRANZT, Fanon. *Os condenados da terra*. Juiz de Fora: EDUFJF, 2010.

FAUTOS, Boris. *O Crime do restaurante chinês: carnaval, futebol e justiça na São Paulo dos anos 30*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

GATES JR, Henry Louis. *Os negros na América Latina*. São Paulo: Companhia das Letras., 2014.

LIMA, Roberto Kant de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. 2ª ed. Tradução Otto Miller. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: um processo de racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

STONE, I. *O julgamento de Sócrates*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

Todorov, Tezvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ENFRENTAMENTO E A LETALIDADE DA POLÍCIA FLUMINENSE À LUZ DA TANATOPOLÍTICA

Roberta Duboc Pedrinha

Universidade Federal Fluminense Professora Adjunta de Criminologia e Direito Penal e do Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional, Niterói, Brasil, ropedrinha@ig.com.br

Anna Carolina Cunha Pinto

Universidade Candido Mendes, Professora da Pós Graduação em Criminologia, Direito e Processo Penal, Rio de Janeiro, Brasil, annacarolinapinto@id.uff.br

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a relação entre a política de enfrentamento adotada pelo efetivo das polícias fluminenses e a letalidade policial. Tomando por mote os ensinamentos de Michel Foucault sobre tanatopolítica, destacadamente o apregoado sobre assassinio direto e indireto, verifica-se que as incursões policiais imbuídas deste espírito de enfrentamento, expõem toda a comunidade onde ocorrem ao risco de morte e violações variadas de direitos, justificando a relevância do tema e a razão para sua escolha. Este artigo é desenvolvido partindo do cruzamento entre as pesquisas de suas abordando, assim, a letalidade policial e violações de direitos humanos nas periferias. Tal análise é empreendida amparada pela história, destacadamente em perspectiva colonial, pela sociologia, pelo direito à cidade e pela filosofia política. Considerando a pertinência de análises de fenômenos sociais tanto à luz dos métodos qualitativos quanto quantitativos, complementares e não excludentes entre si, valeremo-nos de ambas abordagens para fins de melhor compreensão do tema aqui desenvolvido.

Palavras-chave: Letalidade policial; Tanatopolítica; Biopolítica; Política de enfrentamento; Direitos humanos.

INTRODUÇÃO

Este artigo é resultado do breve cruzamento das pesquisas empreendidas por suas duas autoras, destacadamente, na tese de doutorado da primeira autora intitulada *Criminologia, Segurança Pública e Direitos Humanos: Um Estudo Sociológico Criminal das Violações e Resistências: o Caso Alemão* (PEDRINHA, 2018), e a dissertação de mestrado da segunda, cujo título é *Da bio à tanatopolítica: extermínio e seletividade do direito à vida da juventude negra, pobre e periférica da cidade do Rio de Janeiro* (PINTO, 2018).

As pesquisas em tela convergem destacadamente ao tratar da letalidade da polícia. A tese de doutoramento de Roberta tem como ponto de partida a observação participante, tomando por mote sua vivência como delegada da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Rio de Janeiro designada para acompanhar a megaoperação ocorrida no Complexo do Alemão, em 2010. A questão da letalidade emerge no texto em muitos momentos, inclusive, quando a autora entrevista moradores e lideranças locais que dão conta de mortes além das contabilizadas oficialmente como decorrentes da ação das forças repressivas estatais na ocasião (PEDRINHA, 2018, p.65). Ademais, o texto recorrentemente apresenta como consequência da política de enfrentamento inúmeras e variadas violações de direitos humanos.

Já a dissertação de mestrado de Anna Carolina demonstra que a polícia carioca mata prioritariamente homens jovens, negros e nas periferias da cidade. Recorrendo à criminologia, especialmente de viés crítico, a autora demonstra que esse perfil é mais associado no imaginário popular, eis que historicamente o negro é tido como alguém cujos direitos valem menos devido ao legado racista deixado pelos séculos de escravidão em nosso país- o que também, segundo a pesquisa em tela, determina em muitos casos a pobreza destes indivíduos. Além disto, a dissertação da segunda autora é guiado por uma reflexão filosófica com fito de esboçar respostas que dêem conta das razões pelas quais os corpos que a polícia faz cair ao chão, em alusão ao trabalho de Flauzina (2006), em 79% dos casos têm a cor negra.

O interesse pelo tema surgiu pela complementaridade dos trabalhos que, em muitos momentos, se tangenciam e por sua inquestionável relevância social, tendo em vista tratar-se de sensível questão na seara da segurança pública e emergente assunto sob a ótica dos direitos humanos. A justificativa, portanto é a própria realidade: precisamos pensar, debater e fomentar soluções para a alta letalidade da polícia fluminense, que é, como se verá mais adiante, a que mais mata e morre no mundo.

Partimos da hipótese de que a política de enfrentamento em curso nas operações das forças repressivas estatais assenta-se na premissa de que as favelas são espaços da criminalidade e que, portanto, estão sujeitas a um tratamento generalizante de seus moradores como sujeitos desta criminalidade.

Pretendemos, assim, compreender quais são as características da atuação policial no bojo desta política de enfrentamento e como a filosofia política, através do seu viés biopolítico, pode contribuir na elucidação do *leitmotiv* das aludidas violações.

Para realizar referido cruzamento, utilizaremos metodologia especialmente qualitativa, tendo por base além dos supracitados trabalhos, a obra biopolítica de autores como Michel Foucault. A metodologia quantitativa também

será utilizada, eis que complementar à quantitativa em trabalhos da natureza do nosso, isto é, que se dedicam ao estudo de fenômenos sociais.

1. A FAVELA COMO LUGAR DO PERIGO

A favela, zona de segregação econômica, é atravessada pelas representações que dela são elaboradas socialmente. Tais representações implicam em concretos efeitos que se alinham à noção de segurança pública. Pedrinha (2018, p.28) aprofunda estas representações em sua tese, amparada pelo pensamento de Machado da Silva, Pereira da Silva, Brito, Zaluar e Machado da Silva, ao discorrer sobre a evolução, no passar dos anos, da favela como mero problema do Estado e para assumir a condição de lugar de perigo. Nos anos 1990, afirma a autora “a favela passa a ser compreendida como área que encampa a violência urbana” (PEDRINHA, 2018,p.29) e, nos anos 2002, consolida-se como lócus da violência, dentro do qual “sua população frequentemente é perseguida, associada ao crime de tráfico de drogas, por sua convivência, relação de vizinhança ou parentesco” (PEDRINHA, 2018,p.29). Não surpreende, assim, que a área passe a ser submetida à livre ação das forças repressivas estatais e que seus moradores sejam, conseqüentemente, expostos aos excessos e arbitrariedades policiais que culminam na morte de seus moradores, destacadamente pela via dos autos de resistência.

Interessante ressaltar que as periferias, representadas na tese de doutoramento em tela pelo Complexo do Alemão, estão situadas à margem do Estado, em referência ao conceito de Veena Das e Debora Poole (2004). A condição marginal verifica-se não por considerar a geografia e sim o modo do agir estatal nos espaços em questão, isto é, agindo em suas próprias margens que são construídas e reconstruídas nas vivências do cotidiano da relação entre Estado e periferia.

A marginalização em debate produz seqüelas no exercício da cidadania dos moradores destas comunidades que, diferentemente daqueles que vivem em áreas mais abastadas da cidade, não é plena (PEDRINHA, 2018, p.31).

Consideramos, neste ponto, essencial um resgate histórico que privilegia as circunstâncias presentes no contexto da formação desses espaços e que, ainda na atualidade, ecoam na forma como se relaciona o Estado e a periferia – esta última representada pelo conjunto de seus moradores. Sendo assim importa salientar a expressa relação entre o fim da escravidão e a formação das periferias cariocas.

Em sua dissertação de mestrado. Anna Carolina Pinto apregoa que, com o fim eminente da escravidão, havia grande preocupação com o destino do grande contingente de negros no país (PINTO, 2018, p.26). Ana Luíza Flauzina (2006, p.53) elucida, nesse sentido, que as elites começaram, através da construção do Império, a preparar as condições necessárias para o descarte dessa grande massa de, então, indesejáveis. Em *O medo na cidade do Rio de Janeiro*, Vera Mala-

guti Batista retrata como a mentalidade da época ilustrava estas pessoas ao afirmar que o país encontrava-se “inundado sem medida de gente grosseira e estúpida, cujo número existente deveria seriamente assustar-nos” (MALAGUTI BATISTA, 2014, p.195).

Tidos como mercadorias e não como cidadãos na Constituição de 1824, os indivíduos negros foram apenas reconhecidos como pessoas no Código Criminal de 1830. O código em tela operava clara distinção, no entanto, entre eles e os brancos: ao passo que as penas cruéis e de morte eram vedadas aos últimos, estas eram previstas – e exercidas – em face dos negros (PINTO, 2018, p. 27). Além da implantação de um “sistema penal genocida, cúmplice das agências do Estado Imperial – burocrata no processo de homicídio, mutilação e tortura da população afro-brasileira” (BATISTA, 2003,p.35) que valia-se do crime de vadiagem para promover, já no século XIX, um encarceramento em massa de negros e pobres, havia em curso também a facilitação da importação de mão de obra européia para injetar sangue branco no Brasil e tomar os postos de trabalho, agora remunerados, outrora ocupado por negros (PINTO, 2019,p.28). Frise-se que o embranquecimento da população brasileira foi um esforço empreendido com distintos vieses, tendo sempre a desvalorização da vida negra, tida como inferior à branca, como um norte (PINTO, 2019, p.24).

Com o fim da escravidão, o abandono dos negros à sua própria sorte bem como o bem sucedido uso de estratégias de imobilismo social, como a obstaculização do acesso do negro ao mercado de trabalho formal (PINTO, 2018, p.31), contribuiu para o processo afastamento desses sujeitos dos centros e das zonas mais abastadas da cidade do Rio de Janeiro. Autores como Abdias do Nascimento, inclusive, compreendem a abolição como um assassinato em massa desses sujeitos (NASCIMENTO,1978, p.65), vez ausente qualquer esforço de integração deles à cidadania.

Dentro desse cenário importantes mudanças urbanas ocorrem na cidade do Rio de Janeiro. Em artigo, a professora Gizlene Neder (1997) discorre sobre as reformas havidas na cidade, já no período republicano brasileiro, especialmente as encabeçadas pelo prefeito Pereira Passos cuja gestão ocorreu entre os anos de 1902 e 1906. Neder assevera que as aludidas reformas foram, tanto sob o prisma do conteúdo, quanto da forma, essencialmente autoritárias e privilegiaram o saber médico sanitarista e de engenheiros e arquitetos, sem valorização da opinião dos indivíduos afetados – destacadamente, trabalhadores pobres e de pele negra. Para além do afastamento geográfico, o processo de periferização também segregava social e afetivamente implicando em efeitos ideológicos de distanciamento cultural (NEDER, 1997, p.109).

A passagem do trabalho escravo para o trabalho livre, afirma Gizlene Neder, apresentou “desdobramentos no tocante às formas históricas de controle social definidora dos marcos de exclusão social que se vão imprimindo na cidade”

(NEDER, 1997, p. 110). Tais desdobramentos são visíveis ainda na atualidade. Nesse sentido, afirmam Boiteux e Benevides (2019, p.159):

A relação entre direito à cidade e segurança pública, mais do que nunca, tem se dado sob a marca da exclusão e da negativa de direitos das populações periféricas e faveladas, às quais se nega, direta ou indiretamente, o acesso à moradia digna, saneamento, infraestrutura e serviços públicos de saúde, educação, lazer e cultura, ao mesmo tempo em que a presença, especialmente no Rio de Janeiro, de forças policiais militarizadas nesses territórios como mecanismo de controle da “ordem” se mostra cada vez mais naturalizada.

Com o mote de manter a ordem, o controle das populações subalternizadas é exercido vinculado ao combate à criminalidade nesses espaços evidenciando que, tal combate, dá-se sob uma lógica de guerra e segregação (BOITEUX; BENEVIDES, 2019, p. 160). Em sua tese, Roberta Pedrinha compreende a existência de “uma nova construção da criminalidade, da violência urbana, que se torna o eixo central da agenda pública, com ameaças concretas à integridade física e patrimonial.” (PEDRINHA, 2019, p. 29). A professora vai além ao afirmar que:

Nesse rumo, a favela revela-se uma área que se submete à livre ação das forças repressivas estatais, foco da prevenção secundária, exercida pelas polícias civil e militar, onde moradores figuram como criminosos e facilmente tornam-se vítimas e excessos e arbitrariedades policiais, inserindo-se, em último caso, no pólo passivo dos autos de resistência, a exemplo das denúncias vindas da Favela do Complexo do Alemão, objeto deste trabalho (PEDRINHA, 2019,p.29).

Nessa toada, importante destacar que a seletividade e a presunção de periculosidade são constantes dentro desse modelo de controle social que, como desdobramento, apresenta um encarceramento em massa de indivíduos dentro de um mesmo estereótipo (CARDOSO, 2019), bem como uma alta letalidade por parte da polícia (PINTO, 2018). Insta frisar que a clientela preferencial tanto desta alta letalidade, quanto do encarceramento em massa, são os indivíduos mais comumente encontrados nas periferias, isto é, os descendentes dos negros libertos que, no início do século passado, foram submetidos às estratégias de imobilismo social e a periferação forçada por Pereira Passos.

2. LETALIDADE POLICIAL E O ASSASSÍNIO INDIRETO FOUCAULTIANO

Michel Foucault, ao discorrer na última aula do curso *Em Defesa da Sociedade* sobre a questão biopolítica, elucida quais são para ele as funções do racismo de Estado. Não nos interessa, neste trabalho, adentrar nessa rica temática em virtude da profundidade demandada para sua discussão. Entretanto, de

forma superficial, transladamos o pensamento de Foucault para, assim, poder melhor compreender o que este autor pretende elucidar quando aborda o assassinio direto e indireto. Sendo assim, afirma o filósofo que:

Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer cesuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder. De outro lado, o racismo terá sua segunda função: terá como papel permitir uma relação positiva, se vocês quiserem, do tipo: “quanto mais você matar, mais você fará morrer”, ou “quanto mais você deixar morrer, mais, por isso mesmo, você viverá”. Eu diria que essa relação (“se você quer viver, é preciso que você faça morrer, é preciso que você possa matar”) afinal não foi o racismo, nem o Estado moderno, que inventou. É a relação guerreira: “para viver, é preciso que você massacre seus inimigos”. Mas o racismo faz justamente funcionar, faz atuar essa relação de tipo guerreiro – “se você quer viver, é preciso que o outro morra” – de uma maneira que é inteiramente nova e que, precisamente, é compatível com o exercício do biopoder (FOUCAULT, 2010, PP.214-215)

O racismo é, assim, a condição que torna aceitável tirar a vida de outrem na sociedade de normalização. E quando Foucault prevê essa possibilidade de retirar a vida de outrem, ele não se refere tão somente ao que compreende por assassinio direto, mas, também o que denomina assassinio indireto, isto é, “o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc.” (FOUCAULT, 2010, p. 216).

Esclarecemos que ao dissertar sobre o racismo, Foucault tem como paradigma o antissemitismo alemão e que existe, corolariamente, uma série de distinções essenciais entre essa experiência e o que se vive no Brasil. Entretanto, dentro da lógica aqui exposta do pensamento foucaultiano sobre este racismo de cunho biológico, isto é, que visa minar uma raça considerada inferior, podemos nos apropriar seguramente de alguns pontos para debater a questão brasileira neste viés.

Inicialmente, destacamos que o estudo da história, especialmente em perspectiva decolonialista, nos aponta para a inequívoca noção de que a vida negra vale menos do que a vida branca. É disso que trata, inclusive, o primeiro capítulo da dissertação de Anna Carolina Pinto: a escravidão é o pontapé da noção de uma vida que vale menos (PINTO, 2018). Esta vida que por séculos é equiparada com a de animais e teve sua humanidade questionada, é a mesma vida despida de direitos e garantias fundamentais em boa parte de nossa história constitucional e que, ainda hoje, encontra dificuldades para efetivação de seus direitos – haja vista as violações de direitos humanos decorrentes de operações como a que é objeto da tese de Pedrinha (2018). O que nos coloca a necessidade de refletir se, na prática, todos são mesmo iguais perante a lei como apregoa a nossa Constituição Cidadã de 1988.

Outro ponto que nos permite a aproximação com o que ensina Foucault é a cesura, do tipo biológico, em curso no Brasil desde a chegada dos negros para fins de exploração compulsória de sua mão de obra. A falta de todo e qualquer cuidado para preservação de sua vida, própria do regime escravocrata e agravada pela proximidade do Brasil da costa africana, que permitia com maior facilidade a reposição das “peças” cuja utilidade já era questionável, demonstra o desprezo pela vida dessas pessoas que possuía prazo de validade (NASCIMENTO, 1978, p.58). A própria submissão a uma jornada de trabalho exaustiva que perfazia mais de 14 horas, os castigos impingidos pelos feitores e a escassez de alimentos, além da própria viagem até o Brasil em navios abarrotados, sem ventilação, alimentação ou higiene adequada, já demonstrava, de forma inequívoca, que estas vidas sempre estiveram expostas ao que Foucault chama de assassinio indireto.

Na atualidade verifica-se a permanência deste assassinio indireto aos que descendem daqueles que, anos atrás, foram reconduzidos seja pelas reformas urbanas ou por outras vicissitudes, tais como a inviabilidade de manter-se nas áreas mais abastadas, no decorrer dos anos, para as zonas periféricas da cidade.

É o que se demonstra quando da leitura da tese de doutoramento de Roberta Pedrinha. As entrevistas realizadas pela professora dão conta da percepção deste risco pelos moradores e lideranças do Complexo do Alemão. Da entrevista realizada com o Senhor João (PEDRINHA, 2018, PP. 56- 61) é possível depreender não apenas o medo, mas a sorte de violações de direitos humanos praticadas em face dos moradores periféricos. Destacamos, abaixo, trechos da entrevista que ilustram o assassinio indireto:

Pensei que fosse morrer. Ouvei tiros, pessoas correndo, estava em pânico. Via as imagens na televisão. Era um montão de canhão, carro do Exército, tudo chegando juto, ao mesmo tempo. Milhões de homens do BOPE, da polícia militar, civil, do Exército. Estava tudo vindo para o lugar onde eu morava com a minha família (...). achei melhor levar a família para o quarto, levantei a cama e coloquei ela em pé, com o colchão virado por lado da janela da rua (...) para proteger a gente dos tiros.(...) lembrei de pegar minha carteira de trabalho (...) os meninos tremiam, e me diziam: “Pai, estou com medo, eles vão matar nós?”(...) De repente um barulhão, muito forte (...) Vi que atiraram na minha porta, foram vários tiros, eles depois abriram ela no chute e entraram na minha casa(...) Entraram três homens da polícia, de roupa preta, todos armados. Chegaram todos com fuzil na mão.(...) quando o maior de todos gritou: “Ninguém se mexe! Levantem bem devagar as mãos! Mãos para cima! E aí, ô, vagabundo, cadê as drogas? Onde está o dinheiro? (...) Sou trabalhador senhor policial, como o senhor vê estou com a minha família, minha mulher e meus dois meninos. Rápido, rápido, o outro policial que estava perto da porta perguntou “Então cadê os documentos?”. Eu respondi: “Tá tudo aqui comigo senhor”. E então entreguei. Ele olhou muito e depois jogou no chão, a minha carteira de trabalho (...) tirou um canivete e cortou o colchão todo. Aos gritos disse que estava procurando drogas e dinheiro. Eu pedi pra ele por favor não rasgar nosso col-

chão. Mas o policial me olhou gelado e falou para mim: “Cala a boca senão eu te mato vagabundo de merda!”. Nisso ele pegou o fuzil e enfiou pela minha boca, pela goela mesmo. (...)Nessa hora achei que ele ia me matar. (PEDRINHA, 2018, PP. 56-57)

A política de enfrentamento resulta em experiências e relatos como este do Senhor João. Como elucidamos no tópico anterior, a seletividade e a presunção de periculosidade são presenças regulares desse modelo de controle social.

Nessa toada, ponderamos o quanto é difícil para as duas autoras deste artigo, isto é, duas mulheres brancas, de classe média, com curso superior e moradoras de regiões não periféricas do Rio de Janeiro, imaginar que tal sorte de abordagem possa acontecer em nossas residências, na dos nossos familiares ou de outras pessoas que se assemelhem conosco.

Tampouco nos parece possível que em uma eventual abordagem feita pela Polícia com uma de nós o resultado seja um auto de resistência lavrado. Contudo, esta é a realidade de muitos de nós. E, nesse tocante, é impossível dissociar a questão racial, mola propulsora, em nossa cidade, da origem da periferação que nos permite tão bem situar onde ocorrem estas abordagens.

Esta impossibilidade dá-se pelo fato de que ainda hoje, valendo-nos das palavras de Ana Luiza Flauzina (2006) o corpo que mais se vê caído no chão é o corpo negro. A dissertação de mestrado de Anna Carolina, segunda autora deste trabalho, trata justamente do extermínio em curso na cidade do Rio de Janeiro, destacadamente em suas periferias (PINTO, 2018, pp. 106-107), da juventude negra, pobre e periférica. Em capítulo próprio, o trabalho apresenta e analisa inúmeros dados relativos à letalidade, com ênfase na letalidade policial.

O homicídio é a maior causa de mortalidade entre jovens brasileiros. “Mais da metade das 59.080 pessoas mortas por homicídio em 2015 eram jovens (31.264, equivalentes a 54,1%), das quais 71% negras (pretas e pardas) e 92% do sexo masculino.” (UNESCO, 2017, p.15). Ao analisarmos as vítimas da letalidade policial fluminense, compulsando a base de dados disponível no sítio do Instituto de Segurança Pública (ISP), vemos que este perfil geral também é o que apresenta prevalência no espectro dos autos de resistência. Destacamos que a nomenclatura atual para autos de resistência é homicídio decorrente de intervenção policial, entretanto, cientes da inovação em deslinde, compreendemos importante não corroborar com o esvaziamento de significado proposto com referida alteração, razão pela qual utilizamos neste trabalho a nomenclatura tradicional que remete à ditadura militar.

Os autos de resistência possuem relevância dentro da totalidade dos homicídios na cidade do Rio de Janeiro. A Anistia Internacional elucidada que no ano de 2014, por exemplo, estes homicídios correspondiam à 15,6% do total dos praticados no município (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p.6). A referida organização assinala que o alto número de execuções extrajudiciais praticada por

policiais, tanto civis, quanto militares, em operações na cidade do Rio de Janeiro é fruto da política de segurança pública carioca que tem como norte a guerra às drogas (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p.11).

O Atlas da Violência de 2018 consigna em seus dados que 76,2% das vítimas de autos de resistência em todo o Brasil tinha a pele negra no ano base analisado, qual seja, o de 2015 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018, p.41). Em consonância com tal dado nacional, tomando por mote também o ano de 2015, dessa vez, na cidade do Rio de Janeiro, 75,6% das vítimas de auto de resistência eram negras ou pardas. No ano anterior, 74,1% das vítimas eram negras ou pardas, já no ano seguinte, os negros ou pardos perfaziam um total de 75,4% dos indivíduos cuja vida foi perdida em “confronto” com a polícia.

CONCLUSÃO

Tratamos, ainda que sem mencionar, em todo este trabalho de formas distintas, à luz da biopolítica, de gerir não a vida das pessoas, mas a sua morte – ou a exposição à ela. Esse desdobramento mais severo da gestão da vida, isto é, a gestão da morte é conhecida na Filosofia Política como tanatopolítica.

Quando tratamos da política de enfrentamento própria do contexto produzido pela guerra às drogas, estamos também falando de tanatopolítica. Tal assertiva não só se assenta no fato de que a polícia, como representante do Estado mata, mas, também, expõe à morte assassinando indiretamente, como nos ensina Foucault, toda a região do confronto que se instaura. Além disso é fundamental compreender que a própria polícia ou as forças repressivas estatais são submetidas ao assassinio indireto pela natureza das operações que realiza. O Estado para assegurar a vida de uns, expõe tantos outros à morte e não poupa nem mesmo os seus agentes.

Os confrontos instaurados em comunidades não são, evidentemente, exclusivamente de responsabilidade dos agentes do Estado, entretanto, inegável a seriedade das notícias que circulam pela grande mídia, como a recente morte de Ágatha Felix, de 8 anos, no Complexo do Alemão. As testemunhas da morte da menina, ocorrida em rua movimentada no horário em que muitos retornavam para suas casas após a jornada de trabalho, afirmam que o tiro partiu da polícia após a não obediência de um condutor de moto à determinação dos profissionais para que parassem.

A morte de Ágatha não é fato isolado. Caso confirmada a autoria do disparo, ela será a quinta criança a morrer em 2019 pela letalidade policial em regiões periféricas da cidade. Não há notícia de morte em circunstâncias semelhantes em bairros da zona sul do Rio de Janeiro. Entretanto, ao buscar outros episódios similares nas periferias muitos são os nomes de crianças, adolescentes, jovens e

adultos que tiveram sua vida ceifada no contexto da guerra às drogas em nossas favelas. Vidas majoritariamente negras, nem sempre envolvidas com a criminalidade. Inclusive muitas vidas de policiais, especialmente os militares, que são os mais frequentes nesses espaços. A polícia do Rio de Janeiro é a que mais mata e mais morre. As vidas que se vão, tanto dos policiais, quanto de suas vítimas, são vidas nuas.

Cabe refletir a quem serve esta guerra, qual a segurança que efetivamente proporciona e se seu custo, especialmente humano, é algo que devemos realmente pagar. Enquanto as violações de direitos humanos forem banalizadas pelo próprio Estado, isto é, aquele que deveria assegurá-los, dificilmente poderemos substituir o ultrapassado paradigma da ordem pública, autoritário e excludente, pela ideia de um controle social que contemple a segurança pública, noção que abarca, de forma muito mais generosa, a ideia de preservação da vida com segurança, conforme leciona Gizlene Neder (NEDER, 2019, p.14).

A política de enfrentamento alimenta a letalidade da polícia seja na qualidade de quem tira a vida, quanto na de quem perde. A guerra às drogas, que justifica esse confronto sangüinário, tem lócus e sujeitos passíveis de vitimização muito bem delimitados. Ela ceifa, como Foucault apregoa, vidas direta e indiretamente: são caminhos interrompidos pela violência e tudo que ela acarreta em uma localidade. Talvez, no futuro, também essa guerra e suas conseqüências também sejam consideradas estratégias de imobilismo social do nosso tempo, mas direcionadas aos que historicamente despossuídos e menos amparados pelo Direito e pelo Estado.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho!: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BOITEUX, Luciana; BENEVIDES, Laíze. *Direito à cidade e segurança pública: controle da ordem excludente como estratégia*. In BELLO, Enzo; KELLER, René José. *Curso de direito à cidade: teoria e prática*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CARDOSO, Cristina Leite Lopes Cardoso. *A prisão preventiva para a garantia da ordem pública como dispositivo de controle necropolítico*. Tese de doutorado. Orientação do Prof. Dr. Luís Antônio da Cunha Ribeiro. Niterói: Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, 2019.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *O corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro*. 2006. 146f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)—Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Tradução de Maria Ermentina Galvão. 2ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes Editora, 2010.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (IPEA). *Atlas da Violência 2018*. Coordenação: Daniel Cerqueira. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, 2018.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do negro brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1978.

NEDER, Gizlene. *Cidade, Identidade e Exclusão Social*. Revista Tempo, Rio de Janeiro, v.2, n°3, 1997, pp. 106-134.

_____. *O direito à cidade na perspectiva da História*. In BELLO, Enzo; KELLER, René José. *Curso de direito à cidade: teoria e prática*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEDRINHA, Roberta Duboc. *Criminologia, Segurança Pública e Direitos Humanos: Um Estudo Sociológico- Criminal das Violações e Resistências: O Caso Alemão*. Rio de Janeiro: Gramma, 2018.

PINTO, Anna Carolina Cunha. *Da bio à tanatopolítica: extermínio e seletividade do direito à vida da juventude pobre, negra e periférica da cidade do Rio de Janeiro*. Dissertação de mestrado. Orientação do Prof. Dr. Luís Antônio da Cunha Ribeiro. Niterói: Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, 2018.

NOTÍCIAS FALSAS E PÓS-VERDADE

Rubens de Lyra Pereira

Universidade Federal Fluminense – UFF, Pós-doutorando em História Econômica e Social no Programa de Pós-graduação em História, Niterói, RJ, herrubens@gmail.com

Verônica Batista Nascimento

Universidade Federal Fluminense, doutoranda em Direito no PPGDIN, Niterói, RJ, adv_veronica30@hotmail.com

RESUMO

A questão das notícias falsas está em destaque atualmente, diante da revolução digital. Busca-se agora filtrar e não mais democratizar a informação de imediato, para assim, evitar a propagação dessas notícias, evitando com isso o caminho do descrédito. Temos um grande quantitativo em detrimento da qualidade das informações que levam a equívocos até mesmo pessoas mais experientes. Há reflexos muito prejudiciais, inclusive envolvendo interferências em processos eleitorais que influenciam todo o sistema democrático. Os prejuízos político-sociais advindos da pós verdade atenta contra a democracia.

Palavras-chave: Notícias falsas; pós-verdade; relativismo; mentira; democracia.

INTRODUÇÃO

O combate às notícias falsas é hoje uma necessidade mundial. Se, no passado buscava-se a democratização da informação, hoje a grande dificuldade é a de filtrar conteúdos, a velha separação entre o joio e o trigo que os ensinamentos religiosos inseriram na cultura judaico-cristã há mais de dois mil anos.

A revolução digital nos atirou em uma dupla face de Janus¹. Por um lado, quase tudo o que se busca está disponível à distância de um clique. Por outro, o conteúdo informacional pode ser extremamente falacioso, capaz de ludibriar não apenas os incautos, mas também aqueles que se julgam astutos e antenados com o mundo atual.

Os reflexos negativos das notícias falsas se apresentam nos mais variados espectros da vida cotidiana. Não nos damos conta da energia despreendida

¹ Na mitologia romana, Janus é o rei mais antigo. Por ter acolhido a Saturno, expulso do Olimpo, este lhe brindou com uma visão em que tanto o futuro quanto o passado estivessem presentes, ficando assim conhecido como dono de duas faces.

com falsos paradigmas, capazes de induzirem a erro as mais simples tomadas de decisão. Não bastasse o diagnóstico equivocado da realidade, o clima turvo de verdades mescladas com falsidades torna as análises da vida em sociedade sempre duvidosas e inseguras, tudo no mais indesejado clima de incerteza e recalci-trância diante das necessidades do agir.

A recusa das informações falsas difundidas remete aos questionamentos sobre o conceito de verdade, ideia que sofre contundentes ataques no que se qualifica como era da pós-verdade. Cunham-se terminologias diversas, dentre as quais estão a da pós-verdade, pós-modernidade, pós-informação, além de muitas outras.

Apesar da aparente sofisticação dos que defendem a superação absoluta de verdades sob as quais se assentam a vida cotidiana, o que se vê é um mar de niilismo e desentendimento, espetáculo grotesco de insegurança e ausência de confiabilidade.

Quanto à metodologia utilizada, o método será o dedutivo e a espécie de pesquisa é a explicativa, uma vez que objetiva conectar ideias para tentar explicar as causas e os efeitos do fenômeno das fake news, na sociedade, especialmente no contexto da política e da democracia, na tentativa de compreender esse acontecimento. Utiliza-se para tanto, a fonte secundária de pesquisa, com a pesquisa bibliográfica acerca das variantes do tema.

1 VERDADE E RELATIVISMO

Os ataques à verdade surgem dos espectros de pensamento baseados em dois graus de flexibilização: perspectivismo e relativismo.

O perspectivismo, menos acentuado na negação completa da verdade, prega que um evento analisado possui sempre diferentes olhares, distintas perspectivas a partir das quais podem ser apostas considerações. No exemplo de uma figura geométrica, dependendo do ângulo e da posição do observador, o objeto muda de forma, de consistência. Assim sendo, defender uma ideia de verdade absoluta seria o mesmo que negar as distintas formas e possibilidades de análise e observação.

O segundo paradigma seria o do relativismo, mais radical que o perspectivismo. Nessa linha de pensamento, nega-se a existência de quaisquer verdades factuais, dando a cada juízo um valor relativo e totalmente dependente do ponto de vista ou das formas subjetivas de percepção. A ideia é a de que a essência das coisas se constitui inteiramente na relação. Assim sendo, alterando-se as condições de interação (inclusive pela modificação dos sentimentos do observador) a essência dos eventos se altera.

Perspectivismo e relativismo não são teorias sem justificação. Seus defensores apresentam argumentos convidativos, principalmente diante dos erros cometidos pelos entendimentos históricos sobre a existência de verdades absolutas.

Para usar um exemplo bem didático, a assunção de uma verdade absoluta inquestionável sobre determinado evento do mundo físico impediria os avanços científicos. A atitude científica é o caso sublime de um agir motivado pelo questionamento constante dos parâmetros, derrogando teses e teorias. Caso nos mantivéssemos engessados sob os aspectos das verdades absolutas inquestionáveis e atemporais, estaríamos acreditando, até os dias atuais, que o planeta Terra é centro do universo, gravitando todos os demais astros ao seu redor.

No entanto, o questionamento permanente das verdades apresentadas não resulta na recusa absoluta do conceito de verdade. A indagação constante se dá exatamente para o aperfeiçoamento das verdades inicialmente identificadas, seguindo o conselho de René Descartes, segundo o qual os sentidos podem ser enganadores².

Admitir o questionamento das verdades absolutas e dogmáticas em nada se confunde com a negação completa da verdade. Trata-se aqui de dois extremos igualmente dogmáticos e nefastos. O primeiro deles era o que, por muito tempo na história, impediu os questionamentos e impôs verdades absolutas, normalmente de inspiração divina. O segundo, não menos perigoso e escravizador, é o que nega qualquer conteúdo de verdade por intermédio de uma lógica fundamentalista. No segundo formato, o que resta é o vazio e ausência de referenciais.

A compreensão do constante movimento para o aperfeiçoamento das verdades recusa as duas posições extremistas citadas e justifica epistemologicamente a subsistência de um referencial de realidade. Verifica-se que o absolutismo dogmático das verdades pré-concebidas derivava do erro em retirar-lhe o caráter temporal. Como leciona Hilton Japiassu: “A noção de verdade deve ser introduzida no tempo humano. Ela não pode escapar à categoria de temporalidade. É nesse sentido que toda verdade humana é feita de certas ideias verificadas”. (JAPIASSU, 1981, p. 37).

A noção de tempo acaba por servir de chave para a explicação da confusão operada nos tempos atuais. A superação das verdades absolutas metafísicas serviu para demonstrar que as verdades são produto de uma constante construção social na conexão com o mundo empírico. Questionar dogmas e axiomas em nada se confunde com a negação da inteiração entre o homem e a natureza. Dada

² “Com efeito, tudo o que admiti até agora como o que há de mais verdadeiro, eu o recebi dos sentidos ou pelos sentidos. Ora, notei que os sentidos às vezes enganam e é prudente nunca confiar completamente nos que, seja uma vez, nos enganaram”. DESCARTES, René. *Meditações Metafísicas*. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Unicamp, 2004, p. 18.

na história e em constante questionamento, a verdade pode se modificar (como ocorre constantemente na ciência). No entanto, não se pode confundir o movimento permanente de ajustamento do conhecimento com a negação absoluta de verdades, menos ainda com a possibilidade de criação infinita de realidades, ao bel prazer do sujeito cognoscente.

É nesse sentido que a busca por um ideal de veracidade não pode ser abandonada, ainda que não se consiga dar resposta satisfatória e imediata sobre o indagado. Verdade é consenso coletivo e movimento constante de depuração. É o caso do investigador criminal que não se conforma com os dados disponíveis sobre determinado delito e continua a buscar por elementos de prova e associações lógicas que expliquem o ocorrido. O mesmo se dá com o bom jornalismo investigativo, que tem o objetivo de trazer informações confiáveis dos fatos, pautando-se pela ética na busca da verdade.

A negação absoluta da verdade é um modismo filosófico que se distancia das necessidades pragmáticas da vida em sociedade. Admitir o desconhecimento sobre os limites do universo ou sobre a origem do homem é muito diferente de recusar a imprescindibilidade de verdades palpáveis e seguras para a vida cotidiana. A pós-verdade nunca é lembrada, por exemplo, para auferir se determinada pessoa possui a qualificação profissional exigida para uma função ou se determinado evento ocorreu ou não. O funcionamento da vida diária se fundamenta em perguntas majoritariamente objetivas, respondidas com sim ou não.

A pós-verdade se manifesta primordialmente em dois aspectos. Primeiramente na relativização da descrição do mundo físico, atacando a possibilidade de identificação de essências nos objetos ou nos eventos do mundo natural. Em segundo plano, ataca no âmbito ético. Inexistindo verdades físicas ou factuais, relativiza-se também os ideais de correção das ações, o comportamento socialmente desejável passa a ser passível de ajustes em acórdância aos desígnios individuais. A liberdade de criação atinge a realidade e os comportamentos jurídicos.

No primeiro parâmetro, há a ideia de que mesmo os objetos e eventos do mundo físico estão sujeitos a juízos variáveis e opinativos, sem uma essência própria de veracidade. O segundo ataque atinge a ação moral, na defesa de que cada pessoa possa agir de acordo com as suas preferências ou interesses, independentemente de um ideal de correção.

O relativismo das notícias falsas opera no primeiro formato. Em linhas gerais, assevera-se que tudo é produto da criação e pode ser moldado. Para os relativistas do mundo físico, não há realidade, apenas ideias e tudo é fruto de interpretação. Por conseguinte, qualquer discurso sobre a realidade é legítimo e pode ser defendido.

O discurso muito bem formatado no plano teórico se torna merecedor de radicalizações que demonstram a fragilidade de seus argumentos. Seguindo a

linha do relativismo metafísico radical poderíamos nos perguntar sobre a possibilidade de relativização de eventos nítidos como um assassinato ou uma agressão física filmada, fotografada e testemunhada.

Ainda que caibam interpretações ou justificativas, há um limite à flexibilização que é imposto pela conexão objetiva com o mundo empírico. Mesmo que as bordas da realidade possam ser torneadas pelos espectros interpretativos, há uma essência de verdade da qual não se pode abdicar. Ilustradora é a provocação de Alan Sokal, professor de matemática da University College London e física na Universidade de Nova York. Sokal afirma que: “qualquer pessoa que acredite que as leis da física são convenções sociais está convidada a transgredir tais convenções das janelas do meu apartamento (eu vivo no vigésimo terceiro andar)”³.

O crédito dado ao relativismo radical inviabiliza o estabelecimento de padrões dos quais depende a vida em sociedade. Mesmo com todas as variações teóricas da psicologia, o indivíduo que possui apenas as suas verdades e não compartilha de quaisquer compreensões comunitárias sobre o mundo está fadado ao diagnóstico patológico⁴. É absolutamente impossível viver em sociedade com juízos exclusivamente pessoais sobre a realidade, criando incessantemente um mundo que é só seu.

Um vigoroso combate contra o relativismo é exitoso sob a testagem do mundo empírico circundante. No entanto, a defesa dos imperativos de verdade fática acaba por se tornar mais difícil com o surgimento do mundo virtual.

A revolução digital iniciada nos anos 1980 foi capaz de alterar brusca-mente o curso da história. O mundo atual teria certamente outras configurações se não fosse o advento da técnica da informática.

Sabe-se que os avanços técnicos sempre se fizeram presentes ao longo da história da humanidade. Os novos meios de transporte e comunicação encurta-

³ SOKAL, Alan. A Physicist Experiments with Cultural Studies. Disponível em: http://www.physics.nyu.edu/faculty/sokal/lingua_franca_v4/lingua_franca_v4.html, consulta realizada em 31 de julho de 2018.

⁴ “Esquizofrenia é o termo cunhado em 1911 por Eugen Bleuler para designar uma forma de loucura a que Emil Kraepelin dera o nome de “demência precoce, e cujos sintomas fundamentais são a incoerência do pensamento, da afetividade e da ação, o ensimesmamento (ou autismo) e uma atividade delirante. Contornado por Sigmund Freud, que preferia falar de parafernais, o termo impôs-se, entretanto, na psiquiatria e na psicanálise, para caracterizar, ao lado da paranoia e da psicose maníaco-depressiva proveniente da melancolia, um dos três componentes modernos da psicose em geral. Antes mesmo de receber o nome que lhe deu Bleuler, essa forma de loucura fora descrita pelos médicos do século XIX como uma demência em estado puro, caracterizada por um retraimento do sujeito para dentro de si mesmo. Quase sempre jovem, o doente, homem ou mulher, mergulhava, sem nenhuma razão aparente, em tamanho estado de estupor e delírio, que parecia perder definitivamente o contato com a realidade”. ROUDINESCO, Elisabeth. Dicionário de Psicanálise. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 189.

ram distâncias e os aparatos tecnológicos tornaram a vida em sociedade menos complexa na interação com a natureza.

No entanto, o que a revolução digital das últimas décadas foi capaz de realizar não guarda precedentes em quaisquer outros períodos históricos. A informática e a internet foram capazes de criar um mundo diverso, uma espécie de multiverso⁵, em que se vive paralelamente. Como consequência, as realidades empíricas voltam a sofrer contundentes ataques por parte daqueles que, no mundo virtual, distorcem essências, fatos, eventos e personalidades. Abre-se a possibilidade de criação de avatares digitais que não guardam quaisquer lastros com o mundo empírico. Em outros termos, no mundo digital, cada pessoa passa a desfrutar da essência fantasiosa que melhor lhe agrade.

Mais do que brincadeiras infantis ou modificações patológicas de personalidades, as distorções virtuais dos eventos do mundo real geram prejuízos sociais de grande monta. A mesclagem entre o virtual e o real na consciência coletiva torna-se uma excelente arma para a manipulação política, confundindo os planos meramente opinativos com a busca por um conhecimento seguro. Tudo metodologicamente colorido pelas facilidades digitais.

No embate entre verdade e relativismo, sabe-se que há espaços para perspectivas e interpretações. No entanto, tais espaços são limitados por uma realidade empírica que, se radicalmente negada, deixa o corpo social vulnerável às mais variadas manipulações. No plano individual, o relativismo radical conduz ao solipsismo e abre caminho para as patologias que desorganizam a representação mental da realidade. No âmbito coletivo, manipulam-se as massas sob a égide falaciosa da liberdade de interpretação, o que serve como instrumento eficaz das mais torpes práticas políticas.

2 MENTIRA E PÓS-VERDADE

Atribui-se a Joseph Goebbels, responsável pela divulgação midiática nazista, a afirmação de que uma mentira repetida mil vezes se tornaria verdade⁶. O uso do ardil e da mentira sempre existiu desde os primeiros relatos da vida em sociedade. No entanto, ao contrário do que possa parecer, a mentira fortalece a busca pela verdade e depende de um ideal de veracidade para a sua sobrevivência. É nesse ponto que se distingue o ato de mentir da assunção de um ideal de pós-verdade.

⁵ A teoria do multiverso sugere que nosso universo não é único, e na verdade compõe uma estrutura que abriga infinitos outros universos.

⁶ Paul Joseph Goebbels foi Ministro da Propaganda na Alemanha Nazista entre 1933 e 1945.

Ainda que muito se falseie ou minta, a vida cotidiana é inteiramente pautada por premissas de verdade e expectativas de proferimentos linguísticos verdadeiros. As orações sobre o passado, o presente ou o futuro se sustentam em presunção de verdades passadas ou atuais, além de expectativas sinceras quanto ao futuro.

Por conseguinte, a existência da mentira depende da regra da verdade. A intenção de quem mente é enganar e o ludibriado só o é diante da expectativa de que o falsário esteja agindo com lealdade. Nesse sentido, a verdade está em tudo, inclusive na crença psicológica dos iludidos. A vida em sociedade se fundamenta necessariamente no princípio da confiança, sem o qual as relações familiares, vicinais, laborativas, de tráfego, dentre outras, se tornariam impossíveis.

Diferentemente da prática milenar da mentira, a ideia de pós-verdade supera a necessidade de apego à veracidade. Moldáveis aos desejos e necessidades do observador, a verdade passa a ser amplamente negociável, fruto de criação e interpretação⁷.

Assim sendo, ainda que defrontado com as provas empíricas que indiquem o sentido contrário, os adeptos de determinada concepção de verdade podem optar livremente pela manutenção de seus juízos, atribuindo aos paradigmas empíricos o status de tentativa de manipulação e convencimento.

Nessa lógica, perdem-se os lastros e referenciais para a vida coletiva. Tudo passa a ser distorcido sem pudores, na mais absoluta renúncia factual, inspirada por imperativos ideológicos toscos.

O paradigma da pós-verdade opera a desconstrução da lógica que tem a verdade como regra e a mentira como exceção. Tudo passa a ser fruto de criação, animada pelos afetos individuais. Aceitam-se apenas as informações que reforçam as crenças pessoais pré-concebidas, uma espécie de retorno ao dogmatismo, travestido de exercício da liberdade individual. Eis o cerne da crise epistemológica atual: a perda progressiva da capacidade de verificação da verdade.

A adesão aos intentos criativos da pós-verdade se conjuga com os mecanismos que impõe felicidade constante e recusam frustrações. Diante de determinado conteúdo informacional, o parâmetro de avaliação passa a ser exclusivamente interno. Caso não atenda às expectativas sentimentais individuais, é qualificado como inválido, aderindo-se automaticamente às versões criadas que lhe sejam melhor aprazíveis.

⁷ Eleita a palavra do ano em 2016, Pós-verdade é definida pelo dicionário Oxford como: “algo relativo a ou que denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência na formação da opinião pública do que apelos à emoção ou à crença pessoal”. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>, consulta realizada em 01 de agosto de 2018.

É nesse sentido que a propagação de notícias falsas (que sempre foi possível) se modifica na lógica da pós-verdade. Anteriormente, a intenção era ludibriar, induzir a erro, fazer crer na falsa realidade. Atualmente, negam-se progressivamente os intentos de busca pela verdade, forjando uma realidade sob medida, que é facilitada ainda mais pelos instrumentos do mundo virtual.

3 A VERDADE COMO PRESSUPOSTO PARA A AÇÃO POLÍTICA

Muito já se disse sobre os gregos antigos haverem identificado os principais dilemas do pensamento humano. Para alguns, tudo o que foi escrito posteriormente não passaria de notas de rodapé do tematizado no berço da civilização ocidental. Ainda que os gregos antigos não tivessem como prever o mundo digital atual, se debruçaram de maneira formidável sobre a ética, a política e a busca de verdade, essências das discussões sobre os conteúdos que circulam nas grandes redes.

O animal político descrito por Aristóteles⁸ é, em linhas gerais, o ser inseparável da vida em sociedade. Tomando a ação política como intrínseca, a pergunta seguinte é a do papel dos paradigmas de verdade para o desenvolvimento de tal atividade.

Há diversas tematizações trazidas pelo pensamento grego antigo que ainda hoje são úteis para a solução dos dilemas sociais. Um deles é plenamente aplicável às discussões sobre notícias falsas: a distinção entre *doxa* (opinião) e *episteme* (conhecimento verdadeiro).

Embora o pensamento filosófico seja conhecido pelo seu brilhantismo teórico, o seu combustível sempre adveio dos problemas de ordem prática. O descolamento entre teoria e prática é movimento capaz de tornar a materialização do pensamento em um empreendimento desprestigiado, equívoco do qual queremos nos afastar na presente análise.

Assim sendo, vemos que a separação entre as opiniões (*doxa*) e o conhecimento verdadeiro (*episteme*) foram buscadas a partir da necessidade, já entre os antigos, de se separar o que era conhecimento lastreado em uma boa prova daquilo que era mera especulação individual ou coletiva.

A cisão entre o pensamento mitológico e a filosofia que surge entre os antigos se contextualiza exatamente por intermédio da separação entre o conhecimento verdadeiro e a opinião. As crenças não fundamentadas começariam a ser questionadas e nunca mais deixariam de sê-lo. O homem antigo, medieval ou

⁸ “Essas considerações deixam claro que o homem é por natureza um animal social, e um homem que, por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade”. ARISTÓTELES. Política. Trad. Mario da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, 1253a.

moderno nunca deixou de se questionar sobre os motivos e fundamentos de suas crenças, nem de buscar incessantemente a depuração daquilo que mais se aproximava de um ideal de conhecimento seguro.

Vale dizer que o conceito de boa prova sofreu mutações consideráveis ao longo da história. A prova lógico-racional dos antigos se modifica sob as influências do pensamento cristão no medievo. Na modernidade, a ciência assume a centralidade de tudo o que se valida no mundo real.

Independentemente dos questionamentos que todas essas metodologias sempre sofreram ao longo de suas hegemonias, o que nos interessa identificar é que a busca por paradigmas aceitáveis de conhecimento válido nunca foi abandonada pelas sociedades. A explicação para a permanência de tal movimento teórico é sumamente prática: a necessidade de tomada de decisão política, atitude inseparável da reprovação dos conteúdos fantasiosos ou meramente especulativos. É nesse ponto que a distinção entre conhecimento verdadeiro e opinião se insere desde os antigos na política.

Ainda que as sociedades tenham sofrido significantes mudanças no funcionamento e dimensão, a tomada de decisões na vida política cotidiana continua a depender de diagnósticos de realidade. Com a emergência das sociedades de massa, a preocupação com a circulação de informações de boa qualidade torna-se ainda mais premente.

É nesse ponto que surgem os danos decorrentes dos falsos diagnósticos de realidade para a ação política. A disseminação desenfreada de notícias falsas transcende as grandes questões da sociedade e compromete os mais simples atos da vida cotidiana, tornando-se capaz de implodir um dos pilares de sustentação da organização social: o princípio da confiança.

4 PREJUÍZOS POLÍTICO-SOCIAIS DECORRENTES DO ABANDONO DA VERDADE

Entendendo a política como a necessidade irrecusável de relacionamento com o outro, tudo se torna mais difícil quando é derogada a regra dos comportamentos presumidamente verdadeiros.

Quando se fala em política nas sociedades de massa, vem à mente uma conexão com elementos partidários, extratos da democracia representativa que domina boa parte dos sistemas governamentais ocidentais. Embora também os inclua, a política é grandemente mais ampla que os esquemas partidários. A política está presente desde os mais tenros relacionamentos com o outro, no ambiente familiar, profissional, vicinal e socialmente organizacional como um todo.

Ética, política e verdade estão presentes, ainda que de forma não reconhecida, em todas as nossas ações cotidianas. Nos relacionamentos conjugais,

nas decisões sobre como educar os filhos e nas atitudes laborais com as organizações e os colegas de profissão. Não por acaso, os programas de *compliance*⁹ são eleitos como a grande novidade corporativa do momento, comportamento ético que os antigos já haviam identificado como central para o relacionamento humano.

Nossas preferências e escolhas se aproximam daquilo que os gregos qualificavam como *doxa* (opinião). Há, de fato, um grande espaço para externalização das preferências e eleições, o que nos faz genuinamente diferentes dentro de um todo social. No entanto, se as escolhas sofrem influência consciente de um juízo arbitrário que opta por um ou outro caminho, o substrato das tomadas de decisão é dependente da análise prévia de cenários que não tem como se afastar da busca por um conhecimento verdadeiro da realidade (*episteme*).

Assim sendo, reconhece-se que todo agir humano funciona numa dupla configuração entre conhecimento verdadeiro e escolha. A opinião depende de uma análise prévia da realidade, a partir da qual se selecionam os caminhos. Se as escolhas são livremente creditadas ao exercício das liberdades humanas, elas sempre dependem de uma análise prévia da realidade, a partir da qual se fundamentará sua tomada de decisão.

É justamente no comprometimento do diagnóstico da realidade que nos atingem as notícias falsas. O direito humano mais intrínseco e fundamental, o de exercício da liberdade, resta comprometido pelo induzimento falacioso no mundo pantanoso da pós-verdade. Na ausência de parâmetros factíveis a partir dos quais se possa decidir, toda ação tende ao desacerto e à manipulação.

A capacidade lesiva das notícias falsas legitimadas pelas justificativas de pós-verdade acaba adquirindo força e velocidade incomparáveis na dualidade do mundo virtual. A descentralização das informações viabilizada pelas novas tecnologias de comunicação rompe com os monopólios dos grandes grupos de mídia, mas traz incerteza e impossibilidade de responsabilização pelo falso.

A busca autônoma por informações na grande rede é ainda impulsionada pela crise progressiva de confiança nas instituições tradicionais. A relativização da autoridade dos grandes canais de disseminação da informação não atenta para os perigos da atomização irrefreável, que pulveriza autorias de conteúdos no mundo virtual.

O grande fascínio é que os instrumentos virtuais servem de mecanismo para a satisfação das necessidades individuais e imediatistas. A pós-verdade se alia ao conceito de mundo pós-moderno, ambos dependentes da relativização e

⁹ O termo *compliance* tem origem no verbo em inglês *to comply*, que significa agir de acordo com uma regra, uma instrução interna, um comando ou um pedido, ou seja, estar em “compliance” é estar em conformidade com leis e regulamentos externos e internos.

flexibilização dos modos de interagir com o mundo, atentando contra as bases da racionalidade.

O comprometimento da racionalidade e do exercício das liberdades implica sucessivos equívocos nos processos de tomada de decisões, lastreados em parâmetros fluidos sobre as mais elementares características de pessoas, objetos ou situações, um comprometimento mortal na capacidade humana de avaliar cenários. O mundo circundante se transmuta em criação afetiva, idealizada pelas sentimentalidades mais pueris.

A ideia de busca por conhecimento seguro passa a ser um ideal que não se pode cogitar em perseguir. Instala-se o império da opinião, por vezes travestida de verdade. Diferentemente do espanto anterior da descoberta da mentira, o desvelamento de uma realidade empírica não-correspondente é elemento secundário, sempre subjugado aos desejos e imperativos pessoais.

5 PÓS-VERDADE E OS ATENTADOS À DEMOCRACIA

O prejuízo social que serviu de estopim para atentarmos para os problemas da pós-verdade foi o relacionado à política partidária. Nas últimas eleições ocidentais, sobretudo nas sociedades mais liberais, surgiram as discussões sobre as chamadas Fake News, utilizadas maliciosamente para induzir a erro as escolhas dos eleitores.

As campanhas midiáticas difamatórias nas disputas eleitorais também não são novidade recente. Como dito, o uso ardiloso da mentira remonta aos primórdios das civilizações e não deixou de ser utilizada no processo de escolha da democracia representativa das últimas décadas.

A novidade trazida pelas Fake News se conecta com o desprezo pela procedência das informações. A verdade passa a pouco importar em um ambiente atomizado de livre criação de conteúdos servindo de substrato para a legitimação de preferências eleitorais.

As notícias falsas propagadas como atentado à democracia funcionam de forma dúplice. Por um lado, são criadas qualidades fantasiosas sobre os candidatos preferidos por determinado grupo político. Paralelamente, difamam-se aqueles dos quais se desgoste ideologicamente. Inventa-se toda a sorte de conteúdos capazes de atentarem contra a imagem do grupo político adverso, induzindo a erro o eleitor.

Na atualidade, a disseminação de notícias falsas ganha força na emissão, na propagação e na recepção de seus conteúdos. A emissão é impulsionada pelos novos meios digitais de comunicação. Qualquer pessoa com acesso às grandes redes virtuais se torna capaz de criar e propagar conteúdos falsos. A multiplicação de emissores em potencial torna a filtragem das informações extremamente

penosa, algo comparado a uma multiplicação virulenta de inverdades e profanações.

No que se refere à velocidade de criação e propagação, os mecanismos virtuais também servem para a intensificação das dificuldades. A capacidade de disseminação das informações no mundo virtual é extremamente vasta. Em um curtíssimo espaço de tempo, dados falsos podem ser propagados para milhares de indivíduos. Ainda que sejam posteriormente identificadas como equivocadas, as informações dificilmente serão apagadas em toda a extensão do propagado. Além disso, o apelo normalmente existente no conteúdo difamador é significativamente mais impactante do que o do que retifica a informação transmitida.

Por derradeiro, os estragos causados também contam com a fundamental participação dos receptores dos conteúdos. A preocupação primeira de quem recebe as informações não é mais a de confirmar a sua veracidade. A naturalização dos paradigmas de pós-verdade leva, ainda que inconscientemente, à atestação de conteúdos que se alinhem aos posicionamentos afetivos pré-concebidos. Independentemente de seu lastro de realidade, caso contestem as preferências, as informações são descartadas em busca de uma nova verdade que se adeque à ideologia compartilhada. Recusam-se dados estatísticos e ratificam-se opiniões. É o grande triunfo da doxa (opinião) sobre a episteme (conhecimento verdadeiro).

O conforto de audição apenas das informações interessantes intensifica a construção de guetos ideológicos e agudiza as polarizações. A liberdade e a diversidade normalmente invocadas constituem uma sofisticada forma de manipulação de quem abdica da busca pela investigação da realidade. Tudo legitimado pela necessidade de criação e manutenção das zonas de conforto.

Nesse cenário, o já combalido processo de legitimação democrática se torna ainda mais fraco. Os representantes eleitos são escolhidos sob falsas premissas e diagnósticos equivocados. Se a avaliação de cenários já era complexa nos processos de escolha das democracias representativas das sociedades de massa, as Fake News acabam por dificultar a defesa da reminiscência de racionalidade no processo eleitoral.

CONCLUSÃO

Uma possível solução para a ultrapassagem do diagnóstico de atomização e volatilidade descrito pode ser buscado no procedimento cartesiano que investiga incessantemente. Evitando o ceticismo radical, o antídoto para os mundos criados é a atitude de duvidar, depurando conteúdos e comparando interpretações sobre a realidade.

As relações políticas em geral dependem de diagnósticos de realidade para a tomada de decisões. As escolhas, manifestações genuínas dos processos de liberdade humana, dependem de referenciais críveis e minimamente estáveis, sem os quais tudo passa a ser objeto de criação. Ainda que Heráclito nos ensine que tudo flui¹⁰, os rumos da realidade não são frutos exclusivos dos desejos humanos, mesmo que contribuamos com os processos de transformação.

A roupagem epistemológica simpática que ostentam algumas concepções conceituais de pós-verdade esconde os graves prejuízos sociais da sua adesão. Os problemas gerados e identificados nas disputas eleitorais deixam exposta ponta de um iceberg, que tem na base a abdicação da verdade sob o argumento de que tudo é criação. O resultado é a manipulação e o atordoamento de espetros sociais que, no desespero de legitimação de suas minicertezas, acabam vivendo sem referências, como insetos em volta de uma lâmpada¹¹.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Mario da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

BALL, James. *Post-Truth: how bullshit conquered the world*. London: Biteback Publishing, 2017.

¹⁰ “Heráclito de Éfeso (séc. V a.C.) é o fundador do princípio do devir incessante das coisas, expresso no famoso fragmento: “Não é possível entrar duas vezes no mesmo rio, nem tocar duas vezes uma substância mortal no mesmo estado; graças à velocidade do movimento, tudo se dispersa e se recompõe novamente, tudo vem e vai.” (Fr. 91, Diels)”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.497.

¹¹ “Agora eu vou cantar pros miseráveis / Que vagam pelo mundo, derrotados / Pra essas sementes mal plantadas / Que já nascem com caras de abortadas / Pras pessoas de alma bem pequena / Remoendo pequenos problemas / Querendo sempre aquilo Que não têm / Pra quem vê a luz / Mas não ilumina suas mini-certezas / Vive contando dinheiro / E não muda quando é lua cheia / Pra quem não sabe amar, fica esperando Alguém que caiba no seu sonho / Como varizes que vão aumentando / Como insetos em volta da lâmpada / Vamos pedir piedade / Senhor, piedade / Pra essa gente careta e covarde / Vamos pedir piedade / Senhor, piedade / Lhes dê grandeza e um pouco de coragem / Quero cantar só para as pessoas fracas / Que tão no mundo e perderam a viagem / Quero cantar os blues / Com o pastor e o bumbo na praça / Vamos pedir piedade / Pois há um incêndio sob a chuva rala / Somos iguais em desgraça / Vamos cantar o blues da piedade”. Blues da Piedade. Cazuza. Letra e áudio disponíveis em: <https://www.vagalume.com.br/cazuza/blues-da-piedade.html>, consulta realizada em 31 de julho de 2018.

DESCARTES, René. *Meditações Metafísicas*. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Unicamp, 2004.

FLUCK, Matthew. *The Concept of Truth in International Relations Theory: critical thought beyond Post-Positivism*. London: Palgrave Macmillan, 2017.

FRANKFURT, Harry Gordon. *On Bullshit*. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

_____. *Sobre a Verdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

JANICH, Peter. *Was ist Wahrheit: eine philosophische Einführung*. München: C.H. Beck, 1996.

JAPIASSU, Hilton. *Questões epistemológicas*. Rio de Janeiro: Imago, 1981.

KEYES, Ralph. *The Post-Truth Era: dishonesty and deception in contemporary life*. New York: St. Martin's Press, 2011.

MCCOMISKEY, Bruce. *Post-Truth Rhetoric and Composition*. Boulder: University Press of Colorado, 2017.

MCINTYRE, Lee. *Post-Truth*. Cambridge: MIT press, 2018.

RABIN-HAVT, Ari. *Lies, Incorporated: the world of Post-Truth Politics*. New York: Anchor Books, 2016.

ROUDINESCO, Elisabeth. *Dicionário de Psicanálise*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

SOKAL, Alan. *A Physicist Experiments with Cultural Studies*. Disponível em: http://www.physics.nyu.edu/faculty/sokal/lingua_franca_v4/lingua_franca_v4.html, consulta realizada em 31 de julho de 2018.

O CONTROLE SOCIAL PELA MILÍCIA O caso da favela de Rio das Pedras

Francisco Ramalho Ortigão Farias

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Professor adjunto de Prática Forense Penal, Rio de Janeiro, Brasil,
franciscoortigao@uol.com.br*

Anna Carolina Cunha Pinto

*Universidade Federal Fluminense, Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais, Niterói, Brasil,
annacarolinapinto@id.uff.br*

Thiago Salles Ignatowski

*Universidade Federal Fluminense, Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais, Niterói, Brasil,
thiagoignat@gmail.com*

RESUMO

O presente trabalho objetiva, através da retomada de estudo realizado por seu primeiro autor, analisar o poder paralelo próprio das milícias cariocas que agem amparadas pela leniência do Estado, tomando por mote sua atuação na comunidade de Rio das Pedras. Seus autores partem da hipótese de que essa forma de poder está vinculada em sua origem aos esquadrões da morte que agiam no período ditatorial brasileiro buscam responder ao seguinte problema: como se relaciona, à luz da filosofia política, a milícia sob o prisma do poder que um exerce em, sugerido, detrimento do exercício do poder do outro? Para tal, metodologicamente, utilizaremos a pesquisa empírica realizada na última década para, partindo dessas informações, conjugá-las com fontes qualitativas que permitam compreender o exercício do poder, do controle social nesses espaços. A justificativa é a relevância que, especialmente, na última década tais grupos se revestiram controlando maciçamente os espaços em que atuam.

Palavras-chave: Milícia; Grupos de extermínio; Controle social; Rio das Pedras; Poder.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento e a atuação das milícias compõem um fenômeno relativamente novo na história do Rio de Janeiro e tem sido objeto da atenção de pesquisadores atentos às correlações de forças observadas no meio urbano relativamente à segurança pública (CANO; DUARTE, 2012).

Até o início da primeira década dos anos 2000, o poder das milícias chamava pouquíssimo a atenção se comparado ao que hoje, no ano de 2019, tem-se em termos de produção acadêmica e mesmo de manchetes de periódicos. Interessante mencionar que, no ano de 2002, o sociólogo Marcelo Baumann Burgos lançava seu livro intitulado *A utopia da comunidade: Rio das Pedras, uma favela carioca*, no qual o professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro analisava o ambiente aparentemente pacífico daquela comunidade, sem poder à época perceber que a percepção de tranquilidade que o local transmitia era, na verdade, resultado do exercício violento de um poder local pretensamente paralelo ao Estado (BURGOS, 2002).

No ano de 2008, o poder das milícias no Rio de Janeiro ganhou relevo nos noticiários em decorrência do trágico episódio de violência do qual foram vítimas um jornalista e uma jornalista do periódico carioca *O Dia*. Trabalhando em dupla, os dois profissionais se inseriram na favela do Batan, na Zona Oeste do Rio de Janeiro, passando-se por novos moradores do local como parte de um projeto de investigação jornalística que consistia em obter dados sobre a milícia nessa localidade. Descobertos por integrantes da organização atuante naquela comunidade, ambos foram sequestrados e torturados durante sete horas e depois libertados na Avenida Brasil (CLAUDINO, 2011).

No mesmo ano, desenvolveram-se os trabalhos da CPI das milícias na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, presididos pelo então deputado estadual Marcelo Freixo, que ensejaram o indiciamento de 226 pessoas suspeitas de integrar organizações criminosas desse tipo no Estado (CASTRO, 2008).

Esses eventos acabaram por conferir grande visibilidade ao debate sobre o poder paralelo dessas organizações e as milícias foram, inclusive, tema de filme. Lançado no ano de 2010, *Tropa de Elite 2: o inimigo agora é outro*, do diretor José Padilha, retratou a relação simbiótica existente entre o aparato Estatal do Rio de Janeiro –destacadamente, sua força policial militar – e as milícias, deixando patente seu modo de operar dirigido por um projeto de poder tendente à expansão e à íntima relação como a política institucional (PADILHA, 2010).

Diante da importância dessa temática, sobretudo pela expansão dessas organizações criminosas no Rio de Janeiro (ABREU, 2019), os autores deste trabalho pretendem retomar o estudo datado de 2003 empreendido pelo primeiro autor e, posteriormente, publicado na obra coletiva *Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal* (ORTIGÃO, 2014), tendo uma análise embrionária sobre o controle social exercido por um grupo de extermínio dentro da Comunidade de Rio das Pedras, Zona Oeste do município do Rio de Janeiro, procurando dar destaque à história destes grupos e sua inserção na estrutura social da cidade, associando-a com uma leitura da estrutura de poder no interior daquela comunidade.

Partimos da hipótese de que a formação dessa modalidade de estrutura de poder no Rio de Janeiro teve como relevante contributo a atuação dos chamados “grupos de extermínio” ou “esquadrões da morte”, originários da ditadura empresarial-militar que esteve instalada no Brasil entre os anos de 1964 e de 1985 (SOARES, 2018). Com base nisso, a pesquisa realizada inicialmente pelo primeiro autor, soma-se às pesquisas desenvolvidas pelos dois outros autores no campo da filosofia política, com o objetivo imediato de identificar e analisar as estruturas de poder referidas como milícias para perscrutar suas condições de possibilidade e seus desdobramentos políticos e sociais no contexto observado. Para tanto, metodologicamente, pretende-se lançar mão de pesquisas empíricas realizadas na última década e, a partir desses dados, refletir sobre o exercício de poder a serviço dessa modalidade de controle social.

Assim, o presente trabalho partirá dos dados concernentes à história das milícias na Zona Oeste do Rio de Janeiro, mais especificamente na comunidade de Rio das Pedras e procurará fazer uma leitura dessa realidade com base no instrumental político-filosófico oferecido pelo pensamento de Michel Foucault, objetivando contribuir para o debate nessa temática.

1. GRUPOS DE EXTERMÍNIO NO RIO DE JANEIRO

Desde há muito, o Estado brasileiro se utiliza do sistema penal como forma de controle social punitivo institucionalizado e se mostra leniente com a atuação de outros exercícios de poder desde que alinhados aos interesses políticos hegemônicos, permitindo que, ao lado de práticas lícitas, desenvolvam-se práticas ilícitas, tais como “esquadrões da morte” (MATTOS, 2014), para exercer uma dominação em face das camadas sociais conformando-as aos seus imperativos. Foi assim na perseguição aos opositores políticos das ditaduras da República e é hoje, com os excluídos, isto é, com aqueles aos quais são negadas as condições mínimas para o gozo de uma cidadania calcada no consumo.¹

Nos anos 1980, após a promulgação da Lei de Anistia e da anunciada transição lenta e gradual para a democracia, tais grupos, liderados ou até mesmo constituídos por policiais, mudaram sua atuação e passaram a restringir-se às zonas da cidade que abrigavam pessoas com menor poder aquisitivo nas quais o Estado não intervinha ostensiva e diretamente. Sendo assim, passaram a exercer

¹Em *Vida para consumo*, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman define a sociedade de consumidores como representação do “tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas” (BAUMAN, 2008, p.71). No bojo de uma comunidade desta natureza “todo mundo precisa ser, deve ser e tem que ser um consumidor por vocação (ou seja, ver e tratar o consumo como vocação). Nessa sociedade, o consumo visto e tratado como vocação é ao mesmo tempo um direito e um dever humano universal que não conhece exceção.” (BAUMAN, 2008, p.73).

o controle sobre os mais pobres, reprimindo os comportamentos considerados desviantes no âmbito dessas localidades.

No início da década de 1960, com a onda de terror desenvolvida pela polícia carioca após a morte do policial Le Cocq em um confronto armado com o bandido que respondia pela alcunha de Cara de Cavalo, na Zona Norte da cidade, foi criada, com o apoio do então Chefe de Polícia do antigo Distrito Federal, Amaury 'Cruel', a Scuderie Detetive Le Cocq (BITTENCOURT, 2014, p. 47), primeiro Esquadrão da Morte, com este nome, oficializado do país (ORTIGÃO, 2014, pp. 423-427).

A Scuderie tinha uma sede oficial e era formada basicamente pelos remanescentes de outro grupo de policiais, denominados "Homens de Ouro", que, por sua vez, foi originado de ex-integrantes da Polícia Política da Ditadura do Estado Novo. Ela impressionava a todos por sua forma violenta de agir, deixando a sua marca nas execuções sumárias que promovia: um papel preso ao cadáver com as insígnias E.M..

A *scuderie* tinha como símbolo uma caveira sobre ossos cruzados e as letras E.M. , referência a "Esquadrão Motorizado", interpretado pela população como iniciais de Esquadrão da Morte, como ficaram conhecidos os pioneiros grupos de extermínio suspeitos da prática de crimes (OLIVEIRA, 2018, p. 24).

Não é difícil supor que a intencionalidade da construção dessa imagem atende a uma estratégia de propagação do terror como forma de buscar subjugar uma população amedrontada pela violência extrema com a qual esses grupos se identificavam (SOARES, 2008).

Nos anos de chumbo, o Esquadrão da Morte se aliou aos órgãos oficiais de repressão política (DOI-CODI, DOPS, entre outros) para promover tortura, "sumiços" e execuções sumárias, fazendo, assim, aos poucos, com que os cidadãos brasileiros internalizassem o medo, o que contribuiu em alguma medida para a aceitação passiva do autoritarismo da ditadura por grande parte da população.

Deixamos claro que não temos a pretensão de afirmar que este foi o único meio de afirmação do poder ditatorial. Todavia, não há como negar, foi um dos seus pilares. A prática dos grupos de extermínio foi disseminada, dando ensejo ao surgimento de esquadrões da morte em São Paulo, no Espírito Santo, em Minas Gerais e em outros estados. Todos, agora, com a finalidade precípua de perseguir e exterminar os opositores ao regime militar.

Sobre essa temática, a criminologia crítica latino-americana se vale do conceito de "sistema penal subterrâneo", referindo-se aos exercícios de poder paralelos ao Estado cujos operadores são, frequentemente, agentes do Estado.

Todas as agências executivas exercem algum poder punitivo à margem de qualquer legalidade ou através de marcos legais bem questionáveis, mas sempre fora do poder jurídico. Isto suscita o paradoxo de que o poder punitivo se comporte fomentando atuações ilícitas. Eis um paradoxo do discurso jurídico, não dos dados das ciências políticas ou sociais, para as quais, é claro, qualquer agência com poder discricionário acaba abusando dele. Este é o *sistema penal subterrâneo*, que institucionaliza a pena de morte (execuções sem processo), desaparecimentos, torturas, sequestros, roubos, saques, tráfico de drogas, exploração do jogo, da prostituição etc. A magnitude e as modalidades do sistema pena subterrâneo dependem das características de cada sociedade e de cada sistema penal, da força das agências judiciais, do equilíbrio de poder entre suas agências, dos controles efetivos entre os poderes etc. (...) À medida em que o discurso jurídico legitima o poder punitivo discricionário e, por conseguinte, nega-se a realizar qualquer esforço em limitá-lo, ele está ampliando o espaço para o exercício de poder punitivo pelos sistemas penais subterrâneos (ALAGIA; BATISTA; SLOKAR; ZAFFARONI, 2006, p. 70).

Como se nota, esse sistema penal subterrâneo tem certa plasticidade e se adapta aos contextos políticos que se sucedem, auxiliado pelo pensamento autoritário que se mostra uma permanência histórica no país, atravessando instituições, discursos e legislações desde as matrizes ibéricas da organização jurídica brasileira (BATISTA, 2005, p. 27). Esses fatores permitem que condutas atroz sejam perpetradas e se mantenham em operação mesmo sendo amplamente conhecidas, inclusive pelas autoridades que deveriam reprimi-las.

No início da década de 1980, final do governo militar e após a anistia política (1979), existiam diversos grupos de extermínio por todo o Estado do Rio de Janeiro, a maior parte constituída ou liderada por policiais. Aos poucos, sua atuação mudou para restringir-se às zonas mais precarizadas do Rio de Janeiro. Passaram a exercer o controle sobre os pobres, reprimindo os comportamentos desviantes em localidades onde o poder estatal não intervinha diretamente.

Especialmente na Baixada Fluminense, considerada, por muitos, como bolsão de miséria formado no sul do Estado do Rio de Janeiro, os grupos de extermínio se tornaram famosos. Houve também muitos conflitos entre esses grupos e as facções ligadas ao comércio de substâncias psicoativas ilícitas, que se instalaram em favelas cariocas.

A comunidade de Rio das Pedras ficou sob o controle dos grupos de extermínio e é dessa escolha que passaremos a tratar.

2. ESTRUTURA DE PODER EM RIO DAS PEDRAS E O PODER DISCIPLINAR NO PENSAMENTO FOUCAULTIANO

Rio das Pedras situa-se entre os bairros de Jacarepaguá e Barra da Tijuca, sendo composta por aproximadamente 40 mil moradores. Divide-se em subáreas: Região Central ou Núcleo Original, Vila dos Caranguejos, Pinheiros,

Areal I e II, Areinha e Pantanal. É a maior favela em expansão da cidade. Seu núcleo original, constituído em 1969 por dez famílias, foi desapropriado no mesmo ano, após reivindicações de seus moradores (ORTIGÃO, 2014, p. 423).

O crescimento demográfico dessa região ocorreu, largamente, a partir de invasões e "tomas" de terras entre as décadas de 1980/90, tendo como característica a organização e a liderança da associação de moradores. Fato relevante foi a invasão, em 1990, por trinta dias, de quatro prédios em fase final de acabamento, circunvizinhos da favela, construídos para a classe média, que ganhou as manchetes dos jornais na época (ORTIGÃO, 2014, p. 424).

A associação de moradores, por outro lado, está diretamente ligada, desde meados da segunda parte da década de 70, a um grupo armado intitulado "Polícia Mineira" ou, simplesmente, "Mineira". Esse grupo, de acordo com relato de alguns moradores, tem a função de garantir a segurança e a paz dentro da comunidade, atuando de forma violenta e sumária.

A associação de moradores, que, muitas vezes, se confunde com a própria "Mineira", encarna o próprio poder estatal dentro de Rio das Pedras. Organiza a ocupação do solo, ditando normas de posturas, compõe lides judiciais de cunho familiar, sucessório, civil e comercial, "tributa" os comerciantes locais, administra a segurança pública, prendendo e julgando supostos criminosos, faz contato com políticos para que necessidades da população, como escolas, creches e pavimentação de ruas sejam feitas, traços de uma política clientelista (ORTIGÃO, 2014, p. 425).

Sob outro aspecto, a "Mineira" também realiza homicídios mediante promessa de recompensa pecuniária.

Desta forma, através de um controle social coercitivo, a "Mineira" mantém a unidade do território, que, como já apresentado, é dividido em subáreas, e a social de Rio das Pedras, submetendo os seus moradores às "vontades" de seus dirigentes, dentro de um sistema sociopolítico extremamente totalitário, pois qualquer opositor é expulso da comunidade ou, em determinados casos, executado sumariamente.

Podemos identificar, aí, um processo de estratégias e técnicas ligado à circulação de pessoas dentro de um território como forma de exercício do poder sobre um grupo social. Ideia de poder que se encaixa perfeitamente dentro da desenvolvida por Michel Foucault: "o poder não é nem uma estrutura, não é nem uma potência de que alguns seriam dotados: é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada" (FOUCAULT, 1987, pp. 88-97).

Assim, a situação de submissão à "Mineira" por parte dos moradores da comunidade em tela, os quais sofrem um domínio sobre os seus corpos, já que estão presos ao alvedrio de um pequeno grupo, que sistematicamente organiza e

disciplina a sociedade de Rio das Pedras, é, com certeza, uma forma de exercício de poder e controle social.

Há, claramente, na estrutura em fomento, uma arquitetura sedimentada de poder dentro do corpo social da favela, podendo ter sua causa basilar na forma peculiar de organização e disciplina de ocupação do solo urbano promovida pela “Mineira”, que permite ao próprio Estado controlar a massa de trabalhadores ali residentes. Lembremos que, de acordo com a visão de Zaffaroni (1999), os grupos de execução pertencem ao sistema penal estatal. Verificamos, aqui, através de uma analogia, a definição panóptica de exercício do poder do Estado Brasileiro.

A disciplina, mencionada em muitos momentos neste texto, remete ao pensamento foucaultiano desenvolvido na obra *Vigiar e Punir*. Nesta obra, Michel Foucault apregoa que “o poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e retirar, tem como função maior ‘adestrar’”(FOUCAULT, 2014,p. 167). Nesta e em outras obras, Foucault apresenta como mecanismo que serve ao poder disciplinar o panóptico, o qual descreve da seguinte maneira:

instituições de vigilância nas quais os indivíduos eram fixados, seja a um aparelho de produção, uma máquina, um escritório, um ateliê, uma usina, seja a um aparelho escolar, seja a um aparelho punitivo, corretivo ou sanitário. Eles eram fixados a esse aparelho, coagidos a obedecer a um certo número de regras de existência que enquadravam toda a vida deles - e isso sob a vigilância de um certo número de pessoas, de quadros (contramestres, enfermeiros, guardas de prisão) que dispunham de meios de punir consistindo em multas nas usinas, corretivos físicos ou morais nas escolas e nos asilos e, nas prisões, em um certo número de penas violentas e essencialmente físicas. Hospitais, asilos, orfanatos, colégios, reformatórios, usinas, ateliês, com sua disciplina e, finalmente, prisões, tudo isso faz parte de uma espécie de grande forma social do poder que foi estabelecido no início do século XIX, e que, sem dúvida, foi uma das condições da sociedade industrial, se o senhor quiser capitalista (FOUCAULT, 2010, pp.66-67).

O aparelho aos quais os moradores da favela estão diretamente ligados é a própria estrutura de disciplinarização dessa sociedade, controlada pelo grupo de extermínio ali atuante.

Por fim, vale ressaltar que, por mais que pareça que o Estado não exerça um controle direto sobre essa parcela da população, esses mecanismos não oficiais permitem ao Estado, através daquela uma forma de exercício de poder, manter, mesmo que minimamente, o controle sobre determinado segmento da sociedade. Em Rio das Pedras, o controle estatal é realizado por meio de uma outorga tácita de poder a um determinado grupo, que repete as mesmas práticas do poder estatal.

3. CONTROLE SOCIAL EM UM CONTEXTO DA EXCEÇÃO

A compreensão de “poder” na obra do filósofo francês Michel Foucault é algo distinto daquilo que comumente se observa no uso corrente do termo. Muito mais do que uma ideia que remete a formas institucionalizadas de exercer influência sobre os indivíduos e sobre as dinâmicas sociais, o poder, para Foucault não é uma coisa, tampouco um atributo deste ou daquele agente, é sim, algo além, que perpassa a complexa malha de relações sociais incluindo indivíduos e instituições que, aí situados, são atravessados pelo poder e, em certos casos podem servir como objetos privilegiados para a observação de seus efeitos e de suas operações (FOUCAULT, 2017, p. 238-239).

Nessa acepção, o poder não é encontrado em um centro, não é típico do Estado e não é apropriável. É, na verdade, um dado da realidade social, um dado relacional, em constante exercício (DELEUZE, 1988, p. 78-79). Dessa forma, pode ser percebido sob um sem-número de formas. E é sobre formas de exercício de poder que nos interessa refletir, buscando contribuir para a compreensão de como a atuação da milícia, entendida como forma de exercício de poder, é possível no contexto observado.

Tomando como ponto de partida o pensamento foucaultiano, tem-se um modo de investigar as dinâmicas de poder que não buscará encontrar suas manifestações no Estado como uma espécie de *locus* privilegiado.

em vez de orientar a pesquisa sobre o poder no sentido do edifício jurídico da soberania, dos aparelhos de Estado e das ideologias que o acompanham, deve-se orientá-la para a dominação, os operadores materiais, as formas de sujeição, os usos e as conexões da sujeição pelos sistemas locais e os dispositivos estratégicos. É preciso estudar o poder com base em técnicas e táticas de dominação (FOUCAULT, 2017, p. 289).

Seguindo essa linha metodológica fornecida por Foucault, uma analítica do poder que se pretenda fazer acerca da atuação das milícias deve partir desses aspectos fáticos observados nas relações com a população local para procurar entender em que termos se dá essa dominação.

O poder, ao longo da história ocidental pode ser observado operando em uma pluralidade de configurações políticas e sociais com características específicas em um e em outro contexto. A configuração verificada em Rio das Pedras, como dito outrora, é *sui generis* posto que exercida paralelamente ao poder estatal, sem, contudo, eliminar por completo a autoridade deste.

Em entrevista concedida ao sítio virtual da DW Brasil, o sociólogo José Claudio Alves, professor da UFRJ, é indagado por João Soares, ao afirmar a ausência de qualquer espécie de controle social ou jurídico exercido pelo Estado em face das milícias, por qual razão esses agentes públicos não são combatidos na esfera governamental (SOARES, 2018). A resposta do professor é categórica:

a atuação dos esquadrões da morte no regime militar e a atuação das milícias no regime democrático nada mais são do que essa face ilegal do Estado que o projeta numa proporção muito maior do que se pode imaginar. Esse controle ilegal é totalitário absoluto. Na estrutura da assim dita democracia, temos esses grupos atuando numa dimensão política de execução sumária e perpetuação daqueles que ganham com essa estrutura. Este é o maior nó no qual estamos envolvidos hoje. Não há mais uma dimensão centralizada de poder que possa ser atribuída a um regime ditatorial. O que se tem é uma pulverização dessas estruturas de poder. O Estado gerencia essa dimensão ilegal a seu próprio favor, constituindo assim um Estado muito mais poderoso e absoluto. Cada dono de milícia, patrulhamento policial em comunidade onde há tráfico de drogas, grupo de extermínio que atua fazendo limpeza social tem sua própria lógica de funcionamento dentro do Estado, na dimensão ilegal, sem um controle centralizado disso (SOARES, 2018).

A face ilegal do Estado potencializa seu alcance, seja pela via das milícias na contemporaneidade ou pela via dos esquadrões da morte no período ditatorial, ao delegar o controle social de incumbência estatal para, clandestinamente, ser exercido por agentes públicos. Talvez tal fato assente-se na premissa de que a vida nesses espaços periféricos seja um tipo de vida que interessa menos ao Estado, razão pela qual concede sua gestão às milícias.

CONCLUSÃO

A continuidade do estudo originalmente feito pelo primeiro autor deste trabalho, permitiu-nos um maior diálogo com a criminologia e o trabalho de Michel Foucault, destacadamente os que concernem ao poder disciplinar e, de forma mais breve, ao biopoder.

Compreendemos que toda e qualquer vida, na atualidade, está inserida dentro de um sistema de biopoder/biopolítica. Em outras palavras, toda e qualquer vida está submetida à gestão estatal— e também a morte não escapa dessa gestão. No caso que apresentamos sobre a milícia de Rio das Pedras, assim como em tantos outros espaços controlados por grupos essencialmente similares, há uma espécie de concessão feita pelo poder público aos seus agentes para que, ilegalmente, façam nesses espaços, menos interessantes ao poder público, às vezes de um Estado paralelo.

Não se pode falar em ruptura entre milícia e Estado. Evidentemente que não se vê, publicamente, ser feita uma defesa de um pelo outro. Contudo, a prática e o estudo de filosofia política nos permite a compreensão da milícia como um braço estatal que opera na clandestinidade e à margem do Direito, posto que legisla por conta própria. Prova disto é a prática regular, em espaços controlados por milícias, tal qual a comunidade de Rio das Pedras, da execução daqueles que não se adéquam ou, de alguma forma, ameaçam o status quo desses locais. O

que nos permite afirmar a existência de pena de morte institucionalizada dentro desses espaços e suas regras em que pese vedada, salvo as exceções do texto constitucional.

Convém ao Estado que as milícias exerçam este papel de gestores da vida e da morte, bem como de agentes do poder disciplinador. Ao fim, de algum modo, tudo se conecta e o Estado, longe de combater as milícias, parece-as ignorar quando, na verdade, caminha a par e passo com elas.

REFEFÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Direito penal Brasilsileiro – I*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

ARAÚJO, Comissão responsável Maria do Amparo Almeida *et al. Dossiê dos Mortos e Desaparecidos Políticos a partir de 1964*. Recife, Companhia Editora de Pernambuco, 1995.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 5ª ed., 2001.

BATISTA, Vera Malaguti. *Marx com Foucault: análises acerca de uma programação criminalizante*. Veredas do Direito. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2005, v. 02, n. 04, dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/98>>. Acesso em: 21 set. 2019.

BITTENCOURT, Matheus Boni. *As Políticas de Insegurança: da Scuderie Le Coq às Masmorras do Novo Espírito Santo*. Dissertação de Mestrado, UFES, 2014.

BURGOS, Marcelo Baumann (organizador). *A utopia da comunidade*. Rio das Pedras, uma favela carioca. Rio de Janeiro: PUC-Rio: Loyola, 2002.

CANO, Ignácio; DUARTE, Thais (coord.). *“No sapatinho”: a evolução das milícias no Rio de Janeiro (2008-2011)*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012.

CASTRO, Juliana. *CPI das Milícias do Rio termina com 226 indiciados*; lista inclui ex-secretário, deputado estadual e vereadores. *UOL notícias*, Rio de Janeiro, 14 nov. 2008. Cotidiano. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/2008/11/14/ult5772u1546.jhtm>>. Acesso em: 20 set. 2019.

CLAUDINO, Nilton. *Minha dor não sai no jornal*. Piauí. Rio de Janeiro: Abril, ed. 59, agosto, 2011. Disponível em:

<<https://piaui.folha.uol.com.br/materia/minha-dor-nao-sai-no-jornal/>>. Acesso em: 20 set. 2019.

COSTA, R. G. *Entre "Avenida" e "Rodovia": a história da Avenida Brasil (1906-1954)*. Tese de Doutorado. Arquitetura e urbanismo. UFRJ, 2006.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade 1: A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1987, p. 88-97.

_____. *Estratégia, poder-saber*. Organização e seleção de textos. Manoel Barros da Motta; tradução, Vera Lucia Avellar Ribeiro. P. x. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2017.

_____, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 26ª ed., 2002.

GUERRA, Claudio; NETTO, Marcelo; MEDEIROS, Rogério. *Memórias de uma guerra suja*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2012, p.111.

MATTOS, Vanessa de. *O uso abusivo da legalidade e a banalização da violência do Estado: esquadrões da morte no Brasil (1973 a 1979)*. In: XXII Encontro de História da ANPUH-SP, 2014, Santos. *Anais...* Santos: ANPUH-SP, 2014. Disponível em:

<http://www.encontro2014.sp.anpuh.org/resources/anais/29/1406746313_A_RQUIVO_ANPUH2014-TEXTOCOMPLETO-DOC.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

OLIVEIRA, Wagner Jacinto de. *O "kombão da morte": ditadura e polícia – um estudo de caso em Uberlândia-MG dos anos de 1980 aos anos de 1990*. São Paulo, 2018. Tese (Doutorado em História Social) –Programa de Estudos Pós-graduados em História Social da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em:

<<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21244>>. Acesso em: 20 set. 2019.

ORTIGÃO, Francisco Ramalho Farias. *Breve Estudo Criminológico sobre a Milícia de Rio das Pedras*. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; FERNANDES, Marcia Adriana. (Org.). *Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. 01 Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, v. 01, p. 423-427.

_____. *Graves violações de direitos humanos no relatório da Comissão Nacional da Verdade, justiça de transição e a subjetividade do homo economicus neoliberal: uma análise biopolítica*. Tese de Doutorado. Orientação do Prof. Dr. Luís Antônio Cunha Ribeiro. Niterói: Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, 2019.

PADILHA, José. *Tropa de Elite 2: o inimigo agora é outro*, 2010.

SOARES, João. *Ditadura idealizou modelo atual das milícias*. Rio de Janeiro, Disponível em: <<https://p.dw.com/p/32aKl>>, Acesso em: 29 de setembro de 2019.

TÓRTIMA, Pedro. *Crime e castigo para além do equador*. Belo Horizonte: Inédita, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et José Henrique Pierangeli. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1999.

Eixo temático 06



**GESTÃO
DAS CIDADES
E INCLUSÃO SOCIAL**

A CIDADE SENTIDA

Entendendo o espaço urbano para gerar políticas públicas mais efetivas

Lucas Berdague Corrêa

*Universidade Federal de Viçosa. Mestrando no Departamento de Arquitetura e Urbanismo, Viçosa - MG, Brasil.
lucas.berdague@ufv.br*

Carlos Augusto Motta Murrer

*FAGOC – Ubá. Mestrando/Doutorando em Direito Administrativo e Adm. Pública pela Universidade de Buenos Aires, Argentina
carlos.murrer@hotmail.com*

Patrícia Aurélia Del Nero

*Universidade Federal do Sul da Bahia. Professora Associada 3 do Instituto de Humanidades Artes e Ciências Sosígenes Costa
panero@terra.com.br*

RESUMO

Este artigo foi elaborado com base num estudo amplo quanto ao processo de formação do espaço urbano, as relações de poder entre os grupos humanos – em suas diversas esferas –, comunicação e cultura, bem como da própria organização destes meios e de seus povos. A partir de um levantamento bibliográfico e audiovisual de diversas áreas das ciências humanas, de caráter qualitativo, este trabalho apresenta como problemática a ser enfrentada de que forma e em quais gradientes a dinâmica cultural modifica e influencia no espaço urbano enquanto sistema em evolução, bem como o modo como a comunicação funciona – meio e ferramenta – a desenvolver a dinâmica dos poderes que interferem na construção do espaço urbano. Apresenta-se uma perspectiva de transformação da realidade, numa relação entre sociedade civil e Estado, através da participação (principalmente comunicativa e integrativa) no processo de desenvolvimento urbano e nos debates políticos quanto à administração daquilo que é coletivo. Busca ainda explicar o espaço urbano como sistema e como produto da cultura, tendo seus produtos, como as cidades, papel importante nas mudanças de paradigmas ao longo da história. O objetivo, portanto, é apresentar uma perspectiva sistêmica-cultural-comunicacional de gestão participativa e democrática do fenômeno urbano.

Palavras-chave: Espaço Urbano; Comunicação; Cultura.

INTRODUÇÃO

A partir de um levantamento bibliográfico e audiovisual de diversas áreas das ciências humanas, desenvolveu-se um estudo amplo quanto ao processo de formação do espaço urbano, as relações de poder entre os grupos humanos – em suas diversas esferas –, comunicação e cultura, bem como da própria organização destes meios e de seus povos.

O trabalho apresenta como problemática a ser enfrentada de que forma e em quais gradientes a dinâmica cultural modifica e influencia no espaço urbano enquanto sistema em evolução, bem como o modo como a comunicação funciona - meio e ferramenta - a desenvolver a dinâmica dos poderes que interferem na construção do espaço urbano. Estes estudos visam compreender como os grupos sociais se organizam em relação ao espaço urbano e sua gestão, quem tem acesso aos serviços e políticas públicas, para quem estes são voltados, de que forma estão concentradas as categorias de poder (social, econômico, político e comunicacional), bem como estas estão estampadas nos próprios territórios onde se encontram cada um destes grupos detentores de poder.

Apresenta ainda uma perspectiva de transformação da realidade, a partir da retomada do conceito de cidadania e da formação cultural do meio em que o cidadão vive através da participação, principalmente comunicativa e integrativa, no processo de desenvolvimento urbano e nos debates políticos quanto à administração daquilo que é coletivo. Da mesma forma, o trabalho busca explicar o espaço urbano como sistema e como produto da cultura, tendo seus produtos, como as cidades, papel importante nas mudanças de paradigmas ao longo da história, além de possuírem condições de organização e existência que transcendem a esfera estatal.

Nestes termos, o trabalho teve como objetivos específicos compreender teoricamente a relação entre sociedade e poder, entre Estado e Sociedade Civil; confrontar e relacionar a comunicação enquanto paradigma de evolução social urbana e as esferas de poder privado, estatal e autônomo; a mudança de paradigma a partir da revolução técnica dos meios de comunicação e difusão de cultura dos séc. XX e XXI. Apresenta, portanto, uma visão autopoietica e integrativa do fenômeno urbano dentro de um contexto de sistemas sociais, sendo necessário um método compreensivo, e não de mera descrição dos fatos para compreensão do mesmo. A pesquisa tem condão qualitativo com instrumentos metodológicos de análise bibliográfica nas searas das ciências humanas sociais aplicadas.

1. SOCIEDADE E PODER

Assim como todos os agrupamentos políticos que o precederam no tempo, o Estado consiste em uma relação de dominação do homem pelo homem, com base no instrumento da violência legítima – ou seja, da violência con-

siderada como legítima. Por conseguinte, o Estado pode existir somente sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores. Consequentemente, formulam-se as seguintes indagações: Em que condições eles se submetem e por quê? Essa dominação se apoia em que justificações internas e em que meios externos? (WEBER, 2010, p.61).

Max Weber, em sua obra “Política como Vocação” apresenta uma noção de Estado relacionada a uma organização dos grupos humanos a partir da esfera de poder, de quem teria poder (sendo este legitimador de atos) de violentar, de exercer a força contra os demais. Quem concentra estas formas de poder tem em mãos ferramentas extremamente poderosas para submeter os demais a seus interesses. Os motivos de existência do Estado, porém, são muitas vezes desvirtuados dos moldes de uma ferramenta de equilíbrio e gerenciamento do bem comum, sofrendo influências daqueles que detêm majoritariamente os poderes social, econômico, político e comunicacional.

Tendo em vista a situação exposta por Weber (2010) e ampliada acima, aparece a figura de um Estado que é, então, figura de representação do povo, mas que, em sua composição não são todos aqueles que conseguem exercer o seu poder representativo e/ ou fazer-se ver ou ouvir. Há uma polarização de figuras na vida pública que representam, principalmente, os interesses daqueles que já possuem os poderes concentrados em si, adquirindo também o poder político, que permite realizar, chamando de bem comum, o que bem entende.

As impopularidades do processo político de formulação de normas e gestão daquilo que é público, e a confusão gerada entre as esferas do público e do privado fazem com que parte significativa da população queira distanciar-se deste processo. Isso a enfraquece enquanto aquela que deveria receber e cobrar do Estado que fossem atendidos seus anseios. Ao mesmo tempo, fortalece gradativamente a manutenção da grande parcela de poder concentrada nas mãos de poucos, que se aproveitam deste estado catastrófico de alienação desejada e intensificam a despolitização dos demais. Dessa forma, cria-se um ciclo de “imobilização”, “estagnação” e conformismo com o que se tem ou com o pouco que é feito.

Mas estes poderes não são meramente instituídos por lei, muito menos surgidos de um “contrato social”. Eles vêm da intensa relação entre os sujeitos, o espaço e suas construções histórico-culturais. Não há forma de poder que se mantenha estanque e imutável no processo histórico, muito menos que se dê de forma hegemônica em todos os agrupamentos humanos, inclusive nas formas de violência, pois certas práticas, formas, símbolos e demais signos podem variar seu sentido ou valor a partir de deslocamentos no tempo e espaço. O que para uma tribo originária da América do Sul pode ser considerado como oferenda ou conquista destinada a alguma divindade ou figura de liderança, para uma congregação cristã poderia ser considerado um afronte, e vice-versa. O poder, ou os

signos de poder, são constituídos de acordo com uma construção cultural, variável em termos de tempo, espaço e sujeitos.

Através deste choque que se evidenciam os poderes e seus portadores. Neste movimento que são produzidas as relações sociais, que, para Weber “é a probabilidade de que uma forma determinada de conduta social tenha, em algum momento, seu sentido partilhado pelos diversos agentes numa sociedade qualquer.” (QUINTANEIRO, 2002, p. 118). Todas se voltam para as relações de poder que se têm entre as pessoas, já que os tipos de relação são determinados neste jogo de poder.

Em suma: as relações sociais são os conteúdos significativos atribuídos por aqueles que agem tomando outro ou outros como referência – conflito, piedade, concorrência, fidelidade, desejo sexual etc. – e as condutas de uns e de outros orientam-se por esse sentido embora não tenham que ter reciprocidade no que diz respeito ao conteúdo. (QUINTANEIRO, 2002, p. 119).

É compreensível que as criações humanas também estejam sujeitas a essas noções de conflito, e isto inclui o espaço urbano, a vida política, a pluralidade cultural, de crença, etnia e adequação ideológica como um todo. E estes serão tratados nas seções seguintes.

2. CULTURA E O URBANO

A cidade é a primeira e decisiva esfera cultural do ser humano. E para realçar ainda mais o seu papel está o fato de que hoje, pela primeira vez na história da humanidade, mais da metade da população mundial vive em cidades. A cidade é onde se nasce, se vive, se ama e se morre. É onde se gera o valor econômico e onde se pagam os impostos. Nada mais é preciso para destacar o papel central da cidade na definição das políticas públicas. Num momento de intensas relações globais diretas entre os diferentes atores sociais, o protagonismo da cidade torna-se ainda mais premente e justificado. (COELHO, 2008, p.9).

Quando se fala em cidades não se pode haver dissociação da ideia de cidadão. Cidadão, para leitores restritivos da Constituição Federal (1988), é aquele que pode votar e ser votado. Cidadão é, para estes, aquele que só exerce sua cidadania a cada dois anos ou quando convocados para se manifestar em relação a temas específicos que os representantes venham a necessitar de uma consulta popular.

Estes leitores provavelmente, em épocas passadas, excluiriam do status de cidadão os analfabetos, as mulheres e as crianças (estas continuam sendo excluídas quando analisamos apenas a letra da lei), sujeitos de direito que também vivem na cidade, compartilham de uma cultura disseminada e que escutam todos os dias na propaganda da televisão que “com certidão de nascimento, sou cida-

dão”. A cidadania estaria então condicionada a um aspecto ao mesmo tempo ativo e passivo. Ativo no sentido de poder escolher quem lhe representaria e passivo do ponto de vista de ter que consentir com o que lhe for posto dali para frente.

Essa questão volta-se para um debate antropológico clássico entre o que é humano e o que não é, em que são utilizados conceitos de hierarquia e alteridade. O processo civilizatório acaba por impor modelos de cidadania, que dividem aqueles que são considerados “civilizados”, “cidadãos”, “cultos”, “racionais”, daqueles que são considerados “irracionais”, “ignorantes”, “rurais”, “selvagens”, “sem cultura”. Aquilo que não se encaixa nos moldes do que é cidadão, não recebe a carga de direitos (e deveres) que caberia a um.

O cidadão se apresenta enquanto uma possibilidade para muitos, mas que, efetivamente, se dá para poucos. O que é necessário entender é que a própria noção do que é ser cidadão varia, pois é uma construção cultural. Sendo construção cultural, ela também varia no espaço, tempo e sujeitos.

“A ideia de cultura como conjunto de iniciativas que atendem a reivindicações das diferentes linguagens e gêneros clássicos, numa clássica visão de cultura, continua necessária” (COELHO, 2008). A cultura é, portanto, aquilo que diferencia a humanidade do restante dos seres da natureza. Mas não é a cultura enquanto um produto específico da humanidade, mas sim a capacidade de produzi-la e de haver pluralidade. A característica predominante da humanidade é a sua produção de diversidade no conceito daquilo que é humano.

Cultura é então a produção humana em si. O próprio processo civilizatório é produto da cultura. Haja vista que alguns grupos não têm a necessidade de conquistar o outro, enquanto outros têm a ânsia de disseminar sua visão de mundo enquanto “a certa” para todos os outros povos.

Sendo o ser humano um “animal cultural”, e não necessariamente apenas um “animal racional”, como apresentavam os socráticos, ele está aí para construir a realidade em que se encontra. Isto inclui as noções de “certo” e “errado”, “feito” e “belo”, “justo” e “injusto”, “urbano” e “rural”, entre outras. A ação humana transforma também o meio de acordo com sua cultura, fazendo-o mais apto a expressá-la e a atender a suas necessidades.

Camila Berdague, em sua obra “A Autopoiese Urbana”, delinea o estudo do espaço urbano enquanto sistema, comparando-o inclusive com uma estrutura cerebral, que possui características de plasticidade e de profunda integração e inter-relação. Este sistema pode se transformar e inclusive se auto-organizar, a partir de toda uma série de interações de sentidos, uma vez que o próprio espaço urbano seria um sistema social, que por sua vez “segue regras comunicativas e autocriativas” (BERDAGUE, 2004). Entra aí a distinção entre urbano e cidade:

Concebeu-se então o urbano como um subsistema ou semiosfera da sociedade humana total, que gera e é gerado pela cultura urbana, e que tem co-

mo diferença diretriz a dicotomia cidade/campo. Esta dicotomia opera como elemento de distinção física, psíquica e social, conformando uma identidade urbana. O urbano é autocriativo (produz continuamente a si próprio), autolimitado (opera distinções que conformam a fronteira) e auto-perpetuador (é capaz de desenvolver sua própria filogenia) O seu processo de formação e expansão – urbanização – é um processo autopoietico, um contínuo ser e fazer cujo intermédio distingue-se do meio natural. As cidades, por sua vez, são subsistemas dentro do urbano (constituídos por elementos físicos e simbólicos), criados e selecionados ao longo do tempo pela cultura de modo que sua inter-relação garantisse maior plasticidade ao sistema como um todo. Além de subsistemas do urbano, as cidades também são formas físicas de armazenamento e transmissão de linguagem, acopladas sincronicamente com sistemas psíquicos e sociais, conformando uma rede de atualizações (influências) cíclicas e recorrentes. São a manifestação física – através de redes e interações entre a malha viária e espaços públicos e privados – das nossas redes e interações sociais. Assim como o urbano, as cidades são capazes de produzir a si mesmas e especificar seus próprios limites. (BERDAGUE, 2004, p. x-xi).

A capacidade do espaço urbano e, por consequência, das cidades de se produzir e inovar é uma característica essencial aos produtos da cultura, que se transformam através da história. Tome-se como exemplo a evolução de cidades como São Paulo e Salvador, que de acordo com as necessidades de determinado momento, para certos sujeitos que detinham o poder de decidir quanto ao que fazer, tiveram suas centralidades deslocadas, levando em consideração que a centralidade da cidade se desloca do centro para as periferias, até que chega um ponto em que retorna ao centro.

Essa perspectiva de mudanças a partir dos novos paradigmas da sociedade se aplica desde a formação de uma pequena vizinhança ao mais alto grau de organização nacional. Henri Lefebvre, em “A Revolução Urbana” (2002), coloca “[...] O problema urbano deixou de ser um problema municipal para tornar-se nacional e mundial.”

Milton Santos (2000) deixa a entender que concorda com essa noção, sobre o processo de globalização, seus efeitos com relação às culturas regionais, além das formas como os Estados passaram a lidar com as questões urbanas a partir da tentativa de hegemonização cultural. Isso se torna um desafio para os pensadores do fenômeno urbano nesse novo momento, uma vez que, como visto anteriormente, o que diferencia o ser humano de outros animais é a diversidade de suas produções, a possibilidade de se diferenciar drasticamente do outro em formas, cores e costumes e, ainda assim, reconhecer a si e ao outro enquanto humanos.

Essa tentativa de formulação de *standards*, padrões ou, nos termos de Weber (QUINTANEIRO, 2002), tipos ideais, acaba por se repetir no espaço urbano, algo extremamente notável, quando vemos, por exemplo, a entrada de

grandes franquias multinacionais em cidades do Brasil, mas que mantém o mesmo padrão de construção de outros lugares do mundo. O pensamento industrial é um dos responsáveis por este resultado, sendo, inclusive, muito criticado por Lefebvre. Para tentar vencer as tendências urbanas que se tem hoje, são apresentadas duas estratégias (LEFEBVRE, 2002, p. 137): uma Estratégia do conhecimento, de crítica radical do que se entende por urbanismo, além da elaboração de uma ciência do fenômeno urbano; e uma Estratégia política, que introduziria a problemática urbana nos debates políticos, dando papel de destaque para esse fenômeno ao ponto de se articular enquanto um direito, o direito à cidade.

Com isto, abre-se espaço para uma nova agenda para trabalhar o urbano, algo mais inclusivo e compreensivo, que desloca o pensamento para o espaço urbano enquanto algo que vai além da produção capitalista e da mera moradia. Começa-se a pensar no urbano justamente como um local de interação e de produção cultural entre os seres humanos, mais do que no meio rural, onde as relações se dão de maneira relativamente mecânica, de forma menos complexa do que o embaralhado contexto das cidades.

Assim, o cotidiano de cada um se enriquece pela experiência própria e pela do vizinho, tanto nas realizações atuais como pelas perspectivas de futuro. As dialéticas da vida nos lugares, agora mais enriquecidas, são, paralelamente, o caldo de cultura necessário à proposição e ao exercício de uma nova política.

3. A REVOLUÇÃO COMEÇA PELA COMUNICAÇÃO E INTEGRAÇÃO

Sob condições políticas favoráveis, a materialidade simbolizada pelo computador é capaz não só de assegurar a liberação da inventividade como torná-la efetiva. A desnecessidade, nas sociedades complexas e socioeconomicamente desiguais, de adotar universalmente computadores de última geração afastará, também, o risco de que distorções e desequilíbrios sejam agravados. E a ideia de distância cultural, subjacente à teoria e à prática do imperialismo, atinge, também, seu limite. As técnicas contemporâneas são mais fáceis de inventar, imitar ou reproduzir que os modos de fazer que as precederam. (SANTOS, 2000, p.80).

O acesso à informação tornou-se uma moeda de troca, um símbolo de status social e um marco político ainda mais importante do que os bens materiais acumulados.

A comunicação, principalmente no campo da linguagem, tomou as rédeas das relações sociais a partir do séc. XX e tornou-se uma grande dor de cabeça para filósofos, sociólogos e demais profissionais das áreas humanas, que passaram a se ver com uma situação jamais pensada pelos clássicos. Mais teorias e idealizações precisavam ser desenvolvidas, e rápido, uma vez que a evolução dos meios de comunicação não esperava ser compreendida para que avançasse.

A grande ironia é que passa a considerar como nação ativa aquela que obedece cegamente ao desígnio globalitário, enquanto o resto acaba por constituir, desse ponto de vista, a nação passiva. A fazer valer tais postulados, a nação ativa seria a daqueles que aceitam, pregam e conduzem uma modernização que dá preeminência aos ajustes que interessam ao dinheiro, enquanto a nação passiva seria formada por tudo ou mais.[...]Serão mesmo adequadas essas expressões? Ou aquilo a que, desse modo, se está chamado de nação ativa seria, na realidade, a nação passiva, enquanto a nação chamada passiva seria, de fato, a nação ativa? (SANTOS, 2000, p.84).

Milton Santos apresenta um problema terminológico quanto à subdivisão da nação entre aqueles que se colocam alinhados à conjuntura global de hegemonização cultural e aqueles que não seguem tais tendências. Ora, chamar aqueles que se mostram resistentes ao processo de incorporação cultural de passivos é um equívoco do ponto de vista da pluralidade e diversidade cultural, mais ainda se for defendido um modelo de democracia global. Uma democracia para iguais padronizados? E de quem seria este padrão? Quem define a cultura a ser hegemonizada?

O problema do discurso único é o fim das perspectivas divergentes. Se não há oposição, não há dialética, o que força uma estagnação da situação. O discurso único gera conformismo e naturalidade. Tal paradigma precisa ser vencido para que voltem a florescer as demais formas de pensar o mundo. Não necessariamente com violência, mas utilizando dos mesmos métodos que os detentores de poder dispõem para a dominação, que no contexto da era da informação, são os meios de comunicação.

[...] na medida em que as técnicas cada vez mais se dão como normas e a vida se desenrola no interior de um oceano de técnicas, acabamos por viver uma politização generalizada. A rapidez dos processos conduz a uma rapidez nas mudanças e, por conseguinte, aprofunda a necessidade de produção de novos entes organizadores. Isso se dá nos diversos níveis da vida social. Nada de relevante é feito sem normas. Neste fim do século XX, tudo é política. E, graças às técnicas utilizadas no período contemporâneo e ao papel centralizador dos agentes hegemônicos, que são planetários, torna-se ubíqua a presença de processos distorcidos e exigentes de reordenamento. Por isso a política aparece como um dado indispensável e onipresente, abrangendo praticamente a totalidade das ações (SANTOS, 2000, p.79).

Neste ponto é preciso retomar a perspectiva da divisão de poderes. Há uma noção de que existe gente famosa, influente. Estas pessoas geralmente detêm grande quantidade de poder em pelo menos uma de suas esferas, que neste trabalho está dividido em econômico, social, político e comunicacional. Não são estas pessoas que começarão a revolução, pois os serviços e políticas públicas chegam primeiro para eles por estarem em evidência.

A revolução do direito à cidade pode começar por quem não está em evidência, quem não tem acesso às condições de vida digna e de fruir de seus direitos. Em geral, aqueles que estão com a menor concentração de poder no gráfico da divisão entre as pessoas de cada sociedade.

Para que isso ocorra, a tomada dos meios técnicos é essencial. É através dos canais de comunicação alternativos que esses grupos poderão deslocar a dinâmica do sistema urbano, que se desenvolve a partir de feixes de sentido guiados pelo que se comunica, conforme explicitado anteriormente por Camila Berdague (2004).

Nesse aspecto o trabalho de Massimo Canevacci, antropólogo da comunicação urbana, dialoga com a proposta de Milton Santos e Camila Berdague. Ao tratar de conceitos como autorrepresentação e multiprotagonismo, ele adentra essa possibilidade do espaço urbano ser polifônico e emitir múltiplos sentidos simultaneamente, de acordo com o caldo cultural que o constitui. O multiprotagonismo é entendido como a possibilidade de não haver apenas uma visão do fato a ocorrer, bem como não se pode haver mais o foco apenas para tal situação, mas sim de forma multifocal e que supera dualismos como “bem x mal”. A autorrepresentação, conceito chave que parece não poder ser separado do multiprotagonismo, refere-se à possibilidade do próprio sujeito ou grupo se projetar, se apresentar como se imagina no mundo, no contexto global, o que o insere na luta pelo seu espaço comunicacional no mundo, na nova relação de divisão do trabalho, salientada por CANEVACCI (2004, p.16-18, e 2010).

Aquele sujeito que até então não havia sido tratado como cidadão em sentido amplo numa determinada ordem local ou global, uma vez ignorado por não ter seu espaço na teia comunicacional, passa a disputar por um espaço para sua voz. Além de começar, mesmo que aos poucos, a “rasgar o véu” que encobre o sistema que lhe despreza e que aliena, ele agora tem o poder de conhecer os seus direitos, assim como de fazer com que se cumpra o que lhe foi prometido numa ordem posta anteriormente. Isso é o que Durkheim chamava de Fato Social. Um Fato Social é algo coercitivo, generalizado e anterior em relação aos sujeitos. O Fato Social estava ali quando o sujeito nasceu. Ele o obriga a algo e está afetando a todos ao seu redor, inclusive ao próprio sujeito. Mas quando ele se torna algo anômico (uma doença para o corpo social), há de se tomar medidas para sanar tais problemas (QUINTANEIRO, 2002, p. 71-72).

[...] No seu fundamental ensaio sobre São Paulo, Richard M. Morse fala da emergência de uma nova dimensão para se interpretar a cidade: “Para os grandes filósofos pessimistas, a cidade é o cadinho desta era. Nela, o abstrato e o simbólico se tornam mais imediatos que o visível e o palpável. A arquitetura se transforma em geometria; os padrões, em fluxos; a forma, em função; a sequência, em simultaneidade; os deuses, em forças; a comunhão, em comunicação” (1970: 274)

Formidável: o conceito tradicional de comunidade é atravessado e anulado

por novos níveis de comunicação, que infringem os controles comunitários. (CANEVACCI, 2004, p. 219).

Deste novo conceito de comunidade, da intransigência à ordem posta utilizando os próprios meios utilizados pelos poderosos para oprimir como forma de libertação, constitui-se a revolução da cidadania. É a reconstrução do significado de cidadão, retomando seu sentido material, de fonte de todo o poder, e reafirmação deste poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após compreender a complexidade que integra as relações da sociedade, poder e espaço urbano, torna-se relativamente mais fácil de entender este conjunto como produtos culturais e que, por isso, seus conteúdos, formas e distribuição variam de acordo com tempo, espaço e sujeitos. Estão todos submetidos à hierarquia e alteridade, bem como disputam entre si um espaço virtual no contexto global de comunicação. Algo que poderia ser chamado também de “holofotes do mundo”.

O espaço urbano e seus derivados, como as cidades apresentam um comportamento parecido com as agregações humanas, que se auto-organizam e se autoproduzem num eterno ser e fazer, pois, assim como as pessoas, o espaço urbano só pode ser compreendido quando contextualizado e só se produz (e se renova) se o motor da história estiver rodando no processo dialético de afirmação, contestação e síntese. Bem como os seres humanos, ele também possui características de produção e armazenamento de memórias, produção de linguagens próprias, significados, além de um desejo de expansão e agregação, de ser mais do que uma mera “ferramenta da vontade divina”, sendo o Estado sua representação de divindade. O espaço urbano vai além do próprio planejamento, pois não se pode ter controle da ação humana na natureza a todo o momento, uma vez que o Estado não consegue, mesmo tendo esta pretensão, estar em todos os lugares ao mesmo tempo, e, às vezes, em tempo algum.

Nessa perspectiva, a não possibilidade do Estado tornar a situação no ideal da igualdade, liberdade e fraternidade entre as pessoas em todas as esferas de poder faz com que haja um embate entre aqueles que possuem a atenção para as suas causas, enquanto outros demais são deixados às margens da sociedade, sem acesso aos serviços e políticas públicas. Isto também é observado nas relações entre os espaços urbanos, quando, por exemplo, um bairro periférico com a maior concentração populacional não possui acesso ao transporte público, quando se percebe que a polícia só existe por lá quando, à noite, “invade” para caçar os traficantes de drogas, enquanto o centro da mesma cidade, onde fica a maior concentração de poderes e de bens de valor, tem viaturas rondando a todo o momento nos horários de comércio.

Quando o processo de deslocamento do centro ocorre, levando consigo a concentração de poderes (arrastando juntamente as luzes do “holofote do poder público”), os serviços e políticas públicas também se deslocam. O acesso a eles começa a ser dificultado aos que mais precisam, pois o desenvolvimento do urbano trás consigo empecilhos para os que detêm menos recursos, inclusive deixando algumas localidades inacessíveis para quem não possui veículos, além de perigoso caso tentem continuar indo a pé. É o caso de lugares em que existem muitas vias expressas. Grandes são os números de acidentes que ocorrem com pessoas que constroem ao redor destas vias, pois não há condições de se deslocar de forma segura enquanto os automóveis passam em alta velocidade.

Para isso, o Estado deve planejar suas políticas públicas e suas medidas administrativas retomando o debate cultural. Não se pode pensar a cidade, ou o urbano como um todo, tendo em vista uma cultura hegemônica e global. As regionalidades, os costumes e os problemas locais devem ser colocados em evidência, em contraponto com a padronização distorcida que a ordem global tenta impor. Não é possível pensar o urbano, assim como não é possível pensar o ser humano, sem contextualizá-lo. E esta contextualização não deve ser feita na pura teoria. Ela deve ser viva, comunicacional. É através da comunicação com os habitantes que se pode chegar às necessidades e interesses que devem ser priorizados.

É na retomada do papel do cidadão ativo, aquele que vive e sente o urbano e suas relações todos os dias, que se pode começar a pensar melhorias efetivas na gestão do espaço. O cidadão, antes de qualquer coisa, é quem deve bater às portas do poder público e reivindicar todos os desígnios das épocas de campanha eleitoral, bem como exercer seu poder comunicacional, protagonístico e autorepresentativo, para alcançar a satisfação de seus direitos (e deveres). Somente a partir deste sentimento de cidadania enraizado que haverá agentes humanos de transformação e efetiva melhoria na forma como são formuladas e praticadas as políticas públicas no espaço urbano.

REFEFÊNCIAS

BERDAGUE, Camila da Silva. *A autopoiese urbana: degradação e revitalização da cidade*. Viçosa, MG: UFV, 2004.

CANEVACCI, Massimo. *A Cidade Polifônica: Ensaio sobre a Antropologia da Comunicação Urbana*. 2. ed.. São Paulo: Studio Nobel, 2004.

COELHO, Teixeira (org.); RODRIGUEZ, Arantxa; HEINRICH, Bettina; CALIL, Carlos Augusto; BOLÁN, Eduardo Nivón; BELDA, Elisenda; PASCUAL, Jordi; CANCLINI, Néstor García; ABRAMO, Pedro; WILLIAMS, Richard J.; DAVIES, Rita. *A Cultura pela Cidade*. São Paulo: Iluminuras, 2008.

LEFEBVRE, Henri. *A REVOLUÇÃO URBANA*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; DE OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro. *Um Toque de Clássicos: Marx, Durkheim, Weber*. 2. ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: Do pensamento único à consciência universal*. São Paulo: Editora Record, 2000.

A PEC 80/2019 E O ESVAZIAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Maria Rita Rodrigues

*UERJ, Doutoranda e mestra em Direito, Bolsista Capes, Rio de Janeiro, Brasil. CESA, Professora de Direito Civil, Barbacena, Brasil.
mariarita.rdg@gmail.com*

Ciro Antônio da Silva Resende

*UFMG, Mestre em Ciência Política. CESA, Professor de Metodologia, Barbacena, Brasil.
ciro.sr@hotmail.com*

RESUMO

Este trabalho procura demonstrar que a ingerência do princípio da função social na atual matriz jurídica fundiária brasileira encontra-se em xeque. Isso porque, recentemente, divulgou-se o conteúdo da Proposta de Emenda à Constituição 80/2019, que objetiva alterar a redação dos artigos 182 e 186 da Constituição Federal de 1988, os quais tratam, respectivamente, da função social da propriedade urbana e rural. Como estratégias metodológicas, são mobilizadas pesquisa bibliográfica e análise documental. Presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934, o princípio da função social da propriedade obteve maior envergadura com a promulgação da Constituição de 1988, a partir de então ganhou delineamentos mais definidos, e permeia uma série de legislações infraconstitucionais dentre as quais se destaca o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade. Para além da ingerência na estrutura legislativa, o princípio da função social desempenha importante papel para o desenvolvimento social e econômico do país e na promoção de cidades justas e igualitárias, já que atua como instrumento de movimentos sociais que lutam pelo direito à moradia, assim como dispõe da importante função de moderador frente o embate entre os direitos fundamentais de propriedade e de moradia. Observa-se que a atual matriz funcionalista da propriedade não lesa o conteúdo do direito de propriedade. A propriedade ainda está no rol dos direitos fundamentais, e deve ser protegida. Contudo, ao mesmo tempo em que a norma constitucional garante o exercício do direito de propriedade, há o condicionante de que a propriedade deve atender a função social.

Palavras-Chave: Propriedade; Função social; Proposta de Emenda à Constituição.

INTRODUÇÃO

Entre as consequências do acelerado processo de urbanização brasileira, destaca-se a extrema valorização da terra, que instigou a conduta especulativa do mercado imobiliário, exteriorizando-se em vazios urbanos, exiguidade de terras urbanizadas, ausência de infraestrutura, imóveis abandonados, vacantes e em ruínas. Face a esse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e com a transição da Lei Civilística de 1916 para a de 2002, remodelou o sentido e o alcance do direito de propriedade, uma vez que essa não mais se exterioriza como um direito subjetivo absoluto, exclusivo e perpétuo.

A concepção jurídica da função social da propriedade implicou na reestruturação da hermenêutica de diversos preceitos, como propriedade e posse. Sob o prisma da função social, o direito caminha com o dever de executar certa atividade e desenvolvê-la da melhor maneira. Tal concepção embasou, ao longo de trinta anos, grande parte do aparato legislativo brasileiro, notadamente a Lei 10.257/2001, o Estatuto da Cidade. As diretrizes do 2º artigo do Estatuto da Cidade ordenam a política urbana no país obedecendo à função social da propriedade privada e estabelecem harmonia entre as estruturas: privadas, públicas, sociais, infraestruturais, ambientais, de serviços e no tocante ao uso da propriedade.

Em que pese a influência da função social, foi tardio o reconhecimento do direito à moradia pela Constituição. Além disso, historicamente, as políticas habitacionais foram marcadas pela exclusão das camadas populares e a Nova República não conseguiu dar conta dessa herança de exclusão. O Estatuto da Cidade, mesmo apresentando instrumentos importantes de intervenção e mediação na questão habitacional, precisa ser efetivado.

Nessa senda, este trabalho procura demonstrar que a ingerência do princípio da função social na atual matriz jurídica fundiária brasileira encontra-se em xeque. Isso porque, recentemente, divulgou-se o conteúdo da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 80/2019, que objetiva alterar a redação dos artigos 182 e 186 da CF/88, os quais tratam, respectivamente, da função social da propriedade urbana e rural. Como estratégias metodológicas, são mobilizadas pesquisa bibliográfica e análise documental.

A atual matriz funcionalista da propriedade não lesa o conteúdo do direito de propriedade. A propriedade ainda está no rol dos direitos fundamentais, e deve ser protegida. Contudo, ao mesmo tempo em que a norma constitucional garante o exercício do direito de propriedade, há o condicionante de que a propriedade deve atender a função social. Por outro lado, a PEC 80/2019 resgata o conteúdo absolutista da propriedade, o qual já havia sido superado, o que, por conseguinte, ocasionará o desmonte de todo um

aparato legislativo, constitucional e infraconstitucional, que visa à promoção de cidades justas e igualitárias, e o desenvolvimento social e econômico do país.

Além desta introdução e da conclusão, o trabalho divide-se em duas outras seções. A primeira discute o direito de propriedade a partir da perspectiva do princípio da função social, enquanto a segunda lança luz sobre a PEC 80/2019 e seus possíveis efeitos.

1. O DIREITO DE PROPRIEDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

A relação sociojurídica entre sujeitos e coisas é tradicionalmente marcada por descontinuidades e rupturas, de modo que se pode considerar a propriedade como um produto histórico que definitivamente não se abaliza puramente à forma ou ao conceito. Não é a propriedade tão somente uma instituição convencional ou jurídica, mas é, por excelência, uma entidade natural, pela qual cada indivíduo, conformado às suas relações sociais, localização geográfica e influências culturais, tem dela uma noção inata.

A propriedade é seguramente um problema técnico, mas nunca é somente, no seu contínuo emaranhar-se com todo o resto, um problema técnico: por debaixo, os grandes arranjos das estruturas; por cima, as grandes certezas antropológicas põem sempre a propriedade no centro de uma sociedade e de uma civilidade. A propriedade não consistirá jamais em uma regrinha técnica mas em uma resposta ao eterno problema da relação entre homens e coisas, da fricção entre o mundo dos sujeitos e mundo dos fenômenos, e aquele que se propõe a reconstruir sua história, longe de ceder a tentações isolacionistas, deverá, ao contrário, tentar colocá-la sempre no interior de uma mentalidade e de um sistema fundiário com função eminentemente interpretativa (GROSSI, 2006, p. 16).

No contexto brasileiro especificamente, a propriedade foi sendo conformada juridicamente à luz dos comandos civilísticos de 1916 e de 2002, pelo que de modo sucinto, deixou de ser considerada um absoluto formal na medida em que é entendida como um direito metaindividual. Assim, embora deva atender aos interesses diretos do titular do direito, por igual, indiretamente deve atender aos interesses e anseios da coletividade.

Nesta hermenêutica do direito subjetivo de propriedade, é possível perceber que não se pode afirmar haver uma concepção histórica evolucionista do referido direito, no sentido de entendê-lo sob uma perspectiva unicausal, como uma mera evolução linear das concepções jurídicas. Fato é que qualquer instituto jurídico é fruto de uma dinâmica social que cristaliza as tensões e as disputas de força na sociedade. Assim o direito, o de propriedade

notadamente, é criado e recriado ora sob originalidade, ora sob vertentes já existentes, pelo que então não há, em todo caso, a evolução do direito, já que a história é marcada por descontinuidades, rupturas, e não raro por retrocessos.

Pelo ordenamento jurídico brasileiro o direito de propriedade sempre esteve intimamente associado aos atributos do titular do direito, que se exteriorizam na possibilidade de exercer o domínio, ou seja, de usar, de gozar, de reaver, bem como de dispor da coisa objeto de propriedade. Todavia, a compreensão do alcance e da amplitude de tais atributos é significativamente remodelada na passagem da lei civil do ano de 1916 para a de 2002.

Para tanto, basta uma análise atenta aos respectivos comandos legais, senão vejamos:

Art. 524 CC/1916. A lei assegura ao proprietário o **direito** de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. (BRASIL, 1916, grifo nosso)

Art. 1.228 CC/2002. O proprietário tem a **faculdade** de usar, gozar e dispor da coisa, e o **direito** de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (BRASIL, 2002, grifo nosso).

De fato, é facilmente perceptível que os atributos da propriedade estão presentes em ambos dispositivos, tanto na lei civilística de 1916, quanto na de 2002. Contudo uma simples alteração conceitual denota uma grande mudança de paradigma no que concerne ao direito à propriedade. Pois se no art. 524 do Código Civil de 1916 o direito de propriedade consagra todos seus quatro atributos como um direito, o art. 1228, *caput*, do Código Civil de 2002, por seu turno, mantém a expressão direito apenas ao atributo de reaver a coisa, de modo que os demais atributos passam a ter a condição de simples faculdades jurídicas.

Tal mudança tem como efeito a intenção de abrandar o sentido da redação da norma, evidenciando a ruptura do caráter absolutista e individualista da propriedade que predominava na perspectiva legal civil anterior. A supressão da expressão direitos e sua conseqüente modificação para o vocábulo faculdades alude a uma relevante mudança de significação. No caso, a substituição de uma propriedade que foi supostamente absoluta em tempos pretéritos, o que não mais é em tempos presentes.

Não se pode olvidar ainda que a lei civilística de 1916 foi fortemente inspirada no Código Napoleônico – o Código Civil Francês de 1804 –, cuja característica principal era o individualismo, na medida em que a proteção jurídica era com vigor direcionada à proteção dos titulares de bens imóveis. Nesta senda, não é desacertado afirmar que o Código Napoleônico foi mais um código do direito de propriedade, do que um Código Civil propriamente

dito, já que havia um enfoque absoluto ao direito à propriedade em detrimento dos demais campos jurídicos que igualmente devem ser resguardados por uma lei civil, como direito de família, personalidade, sucessões, contratos, obrigações, responsabilidade, entre outros.

De fato a propriedade sob a ótica do Código Civil Brasileiro de 1916, que, como dito foi influenciado pelo Código Napoleônico, teve um forte viés econômico liberal do *laissez faire*, posto que a propriedade constituía um ambiente de liberdade e privacidade de seu titular, de forma a obstar quaisquer intervenções estatais, mesmo que mínimas, capazes de promover alguma ingerência nos atributos do proprietário. Além disso, a Constituição vigente à época era a Constituição do Brasil Império de 1824, que dispunha em seu art. 79, XXII, que o direito de propriedade é um direito subjetivo pleno, absoluto, exclusivo e perpétuo.

Com a transição do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002 a propriedade passa por uma expressiva mudança de paradigma, sobretudo, pois teve que se harmonizar a Constituição Federal de 1988, o que acabou por de certa forma, em flexibilizar o absolutismo que até então determinava os atributos da propriedade. Já que ao mesmo tempo em que o direito de propriedade é garantido constitucionalmente, na condição de um direito fundamental, o referido direito está condicionado ao atendimento da função social.

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:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social (BRASIL, 1988).

Sob esta perspectiva, o direito privado embora tradicionalmente regule as relações sociojurídicas empreendidas de particular para particular, deve ser interpretado sob o prisma dos princípios constitucionais do direito, eis o que contemporaneamente chama-se de direito civil constitucional. Desta feita, a constitucionalização do direito civil, em termos do direito de propriedade, deve por excelência, levar em consideração o princípio da função social.

Todas essas transformações no conceito da propriedade demonstram que ela é fruto da cultura. O significado da propriedade muda de acordo com a mudança que se verifica nos propósitos que a sociedade (ou as suas classes dominantes) tenha perante a instituição. Por isso, talvez seja pertinente definir a natureza da propriedade como a de uma instituição social, que ora pode se constituir a partir do direito positivo e noutra momento pode servir de base para a criação de leis. [...] essa

instituição pode toma a forma de um fato social, um direito subjetivo, uma função ou até mesmo uma relação complexa, que contenha direitos, deveres, ônus e privilégios de toda natureza (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 271).

E neste amálgama entre as searas jurídicas público e privado não se pode obliterar que o direito à propriedade, a fim ascender à justiça por excelência, não pode negligenciar quaisquer outros direitos humanos fundamentais. Pelo que nesta conjuntura ganha envergadura o direito à moradia digna, entendido muito além de uma estrutura física de quatro paredes e um teto. Mas a moradia adequada, tal qual consiga propiciar disponibilidade de serviços e infraestrutura, custo acessível, condições de habitabilidade, localização adequada, priorização de grupos vulneráveis, e igualmente importante a segurança jurídica da posse, viabilizando, em última instância, às funções sociais da cidade.

Na conexão entre direito à propriedade e direito à moradia, que cabe ressaltar são dois importantes direitos sem qualquer hierarquia de um sobre ou outro, igualmente há que se conjugar à problemática, a questão do tardio do processo de urbanização brasileira, (SANTOS, 1993), aliado a insuficiência de políticas públicas habitacionais capazes de promover moradia adequada e digna para todos os estratos sociais, o que acabou, em certo sentido, por permitir que parte significativa da população brasileira não tenha acesso nem a moradia adequada, tão pouco à propriedade formal, resignando-se às ocupações de áreas impróprias e vedadas urbanística e ambientalmente, consolidando então as cidades informais ou as cidades ilegais.

Entre as consequências do tardio e acelerado processo de urbanização brasileira, ressaí a extrema valorização da terra, que instigou a conduta especulativa do mercado imobiliário, exteriorizando-se em vazios urbanos, exiguidade de terras urbanizadas, ausência de infraestrutura, imóveis abandonados, vacantes e em ruínas. O ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo com o advento da CF/88 e a transição da Lei Civilística de 1916 para a de 2002, remodelou o sentido e o alcance do direito de propriedade, uma vez que essa não mais se exterioriza como um direito subjetivo absoluto, exclusivo e perpétuo. Sob este prisma, a concepção jurídica da função social da propriedade implicou na reestruturação da hermenêutica de diversos preceitos, como propriedade e posse.

Assim, pelo horizonte da função social, o direito caminha com o dever de executar certa atividade e desenvolvê-la da melhor maneira. Tal concepção embasou, ao longo de trinta anos, grande parte do aparato legislativo brasileiro, notadamente a Lei 10.257/2001, o Estatuto da Cidade. As diretrizes do 2º artigo do Estatuto da Cidade ordenam a política urbana no país obedecendo à função social da propriedade privada e estabelecem harmonia

entre as estruturas: privadas, públicas, sociais, infraestruturais, ambientais, de serviços e no tocante ao uso da propriedade.

Em que pese à influência da função social, foi tardio o reconhecimento do direito à moradia pela Constituição. Além disso, historicamente as políticas habitacionais foram marcadas pela exclusão das camadas populares e a Nova República não conseguiu dar conta dessa herança de exclusão. O Estatuto da Cidade, mesmo apresentando instrumentos importantes de intervenção e mediação na questão habitacional, precisa ser efetivado.

2. A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 80/2019

Muito embora a concepção contemporânea de funcionalização dos bens sugerir um importante avanço no que tange à solidariedade coletiva, à justiça social e ao bem comum, não há que se negar que o princípio em comento não segue imune a ataques, que, em última medida, visam desconstituir sua essência e imanência. Nesse sentido, a investida mais recente exterioriza-se através da PEC 80/2019, protocolada no dia nove de maio de 2019 e subscrita por 28 senadores.

A PEC 80/2019 visa alterar a redação legal dos artigos 182 e 186, ambos da Constituição de 1988, os quais abordam, respectivamente, acerca da propriedade urbana e rural. Contudo, muito mais que uma simples modificação da literalidade do texto constitucional, a PEC 80/2019, se aprovada, ocasionará a ruína do princípio da função social, bem como a desconfiguração de toda acepção do direito de propriedade, tal qual sua exegese jurídica contemporânea.

A atual redação legal do art. 182 da CF/88 determina que a política de desenvolvimento urbana é competência do poder público municipal. Pelo pacto federativo estabelecido pós Constituição de 1988, o município alçou status de ente federado, passando então a dispor de autonomia política, legislativa e financeira. A partir de então tem o município a importante missão de executar a política urbana, manejando instrumentos jus-urbanísticos engendrados pelo Estatuto da Cidade, através do Plano Diretor.

Nesse sentido o Plano Diretor torna-se o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, e deve ser sensível às especificidades locais. Desse modo, o §2º do art. 182 CF/88 dispõe que “a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende as exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. O que significa que uma vez que o proprietário imobiliário urbano atende todas as exigências e obrigatoriedades do plano diretor, entende-se, que automaticamente, está cumprindo com a devida função social.

Contudo a PEC nº 80/2019 acaba por limitar a funcionalização dos bens imóveis urbanos, já que a nova redação do §2º sugere que a função social é cumprida de modo alternativo, ou seja, basta seguir apenas uma das obrigações do plano diretor. Além disso, a PEC em questão visa inserir os §§ 5º e 6º ao art. 182 CF/88, que de igual forma dizem a respeito de função social e o paradigma hodierno do direito à propriedade, consoante se verifica pelo novo texto constitucional proposto abaixo referenciado.

Art. 182. [...]

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando é utilizada sem ofensa a direitos de terceiros e atende ao menos uma das seguintes exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor:

I- parcelamento ou edificação adequados;

II- aproveitamento compatível com sua finalidade;

III- preservação do meio ambiente ou do patrimônio histórico, artístico, cultural ou paisagístico.

[...]

§ 5º O descumprimento da função social de que trata o § 2º somente será declarado por ato do Poder Executivo, mediante autorização prévia do Poder Legislativo, ou por decisão judicial.

§ 6º A desapropriação por descumprimento da função social será feita pelo valor de mercado da propriedade urbana (BRASIL, 2019).

O novo texto do art. 182 aventado pela PEC 80/2019, além de ultrajar o âmago do princípio da função social da propriedade, é evidentemente inconstitucional, na medida em que destituiu o poder executivo local de promover desapropriações de modo autônomo, já que prevê a necessidade de autorização prévia do legislativo ou decisão judicial. Tal disposição mostra-se antagônica à previsão das competências constitucionais atribuídas aos entes federados, uma vez que nos termos do art. 30 CF/88 compete ao Município legislar em matéria urbanística, bem como promover o adequado ordenamento territorial, por meio de planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Outrossim, evidencia-se a manifesta violação do princípio constitucional da separação de poderes, o qual alcança a devida proteção da clausula pétrea. A separação dos poderes tornou-se necessária diante dos abusos praticados pelos detentores do poder político. A divisão dos poderes visa obstar o arbítrio, e assim, estabelece uma sistemática de freios e contrapesos pelo qual os poderes devem ser autônomos e harmônicos entre si. Uma vez que a proposta de emenda à constituição em comento suprime a competência constitucional originalmente atribuída ao Poder Executivo para realização de

desapropriações autonomamente, e impõe que tal ato seja homologado pelo Poder Legislativo, resta claro a vulnerabilização da separação dos poderes.

Todavia, a Constituição estabelece a devida vedação da análise de quaisquer propostas de emenda, que em alguma medida, tenda a abolir a separação dos poderes. “O desenho da separação de Poderes como concebido pelo constituinte originário é importante. A emenda que suprima a independência de um dos Poderes ou que lhe estorve a autonomia é imprópria” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 126).

Nessa senda, faz-se digno de referência a seguinte passagem:

A redação constitucional não dá alternativas ao proprietário, deixando ao seu alvedrio a decisão sobre quais regras pretende cumprir. Tratando-se o plano diretor de uma lei municipal, tal constatação é óbvia: o regime é vinculante para os particulares e para o Poder Público, já que nosso modelo de plano diretor é rígido e não discricionário e flexível como o que vige em alguns países europeus.

[...]

O princípio da função social da propriedade, como garantia de que o direito da propriedade urbana tenha uma destinação social, deve justamente ser o parâmetro para identificar que funções a propriedade deve ter para que atenda às necessidades sociais existentes nas cidades. Função esta, que deve condicionar a necessidade e o interesse da pessoa proprietária com as demandas, necessidades e interesses sociais da coletividade, que assim forem determinadas na Lei do Plano Diretor Municipal.

É evidente que o proprietário DEVE observar as regras do plano diretor em todos esses casos, e tanto o parcelamento, quanto a edificação, quanto o aproveitamento (utilização) do imóvel são "adequados" e "compatíveis com sua finalidade", quando observam o que diz o plano diretor. O mesmo vale para o dever de preservar o meio ambiente e o patrimônio histórico, já que ambos são valores constitucionais tutelados nos artigos 225 e 216, respectivamente. Não há a menor possibilidade de o constituinte ter dado ao proprietário a alternativa de decidir quais regras constitucionais a respeito do tema quer observar, e menos ainda que ele possa escolher alguns temas para observar o plano diretor, tendo liberdade para manter comportamento incompatível com o Plano Diretor em outros aspectos. Não seria possível, dessa forma, garantir o atendimento dos objetivos da política urbana de segurança e bem-estar dos cidadãos, previstos no próprio artigo 182, caput. Flagra-se a inconstitucionalidade apenas com essa superficial análise do dispositivo ora examinado e que pretende alterar o art. 182 da CF/88 (IBDU, 2019, p. 2-3).

Assim como a PEC 80/2019 presta-se ao esvaziamento da função social da propriedade urbana, igualmente o faz com a função social da proprie-

dade rural, já que visa distorcer o texto legal preconizado no art. 186 da Constituição. A esse respeito, mais uma vez percebe-se a ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que condiciona o ato de desapropriação, o qual é intrinsecamente relacionado às competências do Poder Executivo, à aquiescência prévia do Poder Legislativo.

Ainda no que toca a propriedade rural, a proposta de emenda estabelece que o pagamento de eventual desapropriação por não cumprimento da função social seja realizado por meio do valor de mercado da propriedade rural, o que desconfigura por completo o ideário constitucional que se pauta na sanção do proprietário negligente, e na verdade acaba por recompensá-lo.

Pela redação atual do art. 186 CF/88, o proprietário de imóvel rural não pode ser desapropriado quando cumprir todas as determinações da função social da terra, quais sejam: (i) o aproveitamento racional e adequado da propriedade rural; (ii) a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente; (iii) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e (iv) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Desse modo, considera-se atendida a função social da propriedade rural na medida em que tais requisitos são atendidos de modo simultâneo, ou seja, concomitantemente. Contudo, a redação legal pretendida pela PEC 80/2019, além de conjugar uma expressão negativa – sem ofensa a direitos de terceiros – o que por si só já desvale o espírito funcionalizador da propriedade, estipula que esses requisitos sejam cumpridos de modo alternativo. Nesse sentido, significa afirmar que uma vez que o proprietário de imóvel rural o torna produtivo, poderia deixar de cumprir os demais requisitos prescritos na Constituição, como desrespeitar a legislação trabalhista ou até mesmo a ambiental, pois ao tornar a terra produtiva já atendeu ao menos uma das imposições da lei.

CONCLUSÃO

Presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934, o princípio da função social da propriedade obteve maior envergadura com a promulgação da Constituição de 1988, a partir de então ganhou delineamentos mais definidos, e permeia uma série de legislações infraconstitucionais dentre as quais se destaca o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001.

Para além da ingerência na estrutura legislativa, o princípio da função social desempenha importante papel para o desenvolvimento social e econômico do país e na promoção de cidades justas e igualitárias, já que atua como instrumento de movimentos sociais que lutam pelo direito à moradia,

assim como dispõe da importante função de moderador frente o embate entre os direitos fundamentais de propriedade e de moradia.

Não obstante a relevante missão da função social da propriedade em um país marcado por desigualdades sociais, a ingerência do princípio na atual matriz jurídica fundiária brasileira encontra-se em xeque diante da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 80/2019 que objetiva alterar a redação dos artigos 182 e 186 da CF/88, os quais tratam, respectivamente, da função social da propriedade urbana e rural.

A esse respeito, um dos argumentos que buscam legitimar as deformações à exegese da função social pela PEC 80/2019 é a de que a propriedade deve ser entendida como um bem sagrado e protegido de injustiças. E que o princípio da função social relativiza o direito à propriedade privada. Todavia, tal argumento está em completo descompasso com preceitos jurídicos, políticos, filosóficos e sociológicos, uma vez que a propriedade não se constitui unicamente como direito. A propriedade é, ao mesmo tempo, direito e dever.

Importa ressaltar que a atual matriz funcionalista da propriedade não lesa o conteúdo do direito de propriedade. A propriedade ainda está no rol dos direitos fundamentais, e deve ser protegida. Contudo, ao mesmo tempo em que a norma constitucional garante o exercício do direito de propriedade, há o condicionante de que a propriedade deve atender a função social.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Otilia; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único: desmanchando consensos*. 8. Ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.

CARVALHO, Claudio; RODRIGUES, Raoni. *O Direito à cidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Disponível em: <[http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view Article/123/166](http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/Article/123/166)>. Acesso em: 20 jul. 2019.

FERNANDES, Edésio. *Direito e gestão na construção da cidade democrática no Brasil*. Disponível em: <<https://seer.sis.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/oculum/article/viewFile/783/763>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

FÓRUM NACIONAL DE REFORMA URBANA. *Nota de repúdio ao ataque à função social da propriedade da PEC 80*. Disponível em: <https://www.mdm.org.br/wp-content/uploads/2019/06/nota_repudio_PEC-80.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

GROSSI, PAOLO. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO URBANÍSTICO. *Nota técnica sobre a PEC 80/2019- Retrocesso na Política Urbana Brasileira*. Disponível em: <<http://ibdu.org.br/api/wp-content/uploads/2019/07/Nota-T%C3%A9cnica-Timbrado-PDF.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

MARÉS, Carlos Frederico. *Função Social da Propriedade*. In: SONDA, Claudia; TRAU CZINSKI, Silvia Cristina. *Reforma Agrária e Meio Ambiente: Teoria e Prática no Estado do Paraná*. Curitiba: ITCG, 2010.

MARICATO, Ermínia. *Metrópole, legislação e desigualdade*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n48/v17n48a13.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

_____. *Metrópoles des governadas*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielophp?script=sci_art-text&pid=S010340142011000100002&lang=pt>. Acesso em: 22 jul. 2019.

MENDES, GILMAR; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *Curso de Direito Constitucional*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da; Torres, Marcos Alcino de Azevedo. *A função social da posse no Código Civil*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/9731>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

MOTTA, Márcia Maria Menendes. *Direito à terra no Brasil: a gestão do conflito 1795- 1824*. 2º. Ed. São Paulo: Alameda, 2012.

PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. *Função social da propriedade urbana e o plano diretor*. 2005. 195 f. Dissertação. (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2005.

RODRIGUES, Maria Rita. O princípio da função social e a constitucionalização do direito civil: instrumentos jus-urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade. Disponível em: < <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-principio-da-funcao-social-e-a-constitucionalizacao-do-direito-civil-instrumentos-jus-urbanisticos-previstos-no-estatuto-da-cidade>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 1993.

SCHREIBER, Anderson. *A função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira*. Disponível em <<http://sdls.com.br/uploads/files/2018/06/funcao-social-da-propriedade-na-pratica-jurisprudencial-brasileira.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*, Carlos Alberto Menezes (coordenador). Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 321-322.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

VARELA, Laura Beck Varela. *Das sesmarias à propriedade moderna: Um Estudo de História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

GESTÃO DAS CIDADES: Mobilidade urbana, inclusão social e meio ambiente

Mônica Ventura Rosa

Universidade Federal Fluminense, Mestre em Direito - Justiça Administrativa pela UFF, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil, monicaventura.rosa@gmail.com

Heraldo Carvalho da Silveira

Universidade Federal Fluminense, Advogado, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil, herasilveira@ig.com.br

Tânia de Albuquerque

Universidade Cândido Mendes Centro, Pós-graduada pela Fundação Getúlio Vargas, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil, taniaalbuquerque2@hotmail.com

RESUMO

O presente estudo, realizado no período que medeia entre 18 de junho e 03 de setembro de 2019, tem por escopo apresentar de forma breve, os resultados da análise de caso específico centrado na experiência administrativa da Prefeitura de Niterói, no enfrentamento dos problemas da mobilidade urbana, com base na inclusão social e respeito ao meio ambiente. Buscou-se a identificação de demandas populares e apresentação de soluções administrativas que materializam os objetivos e ações afirmativas previstas no Plano Diretor do Município, Lei nº 3.385 de 21/01/2019, concebido como importante vetor de participação de organismos populares, assegurando o pluralismo na construção continuada de um projeto de sociedade humanizada, com tolerância e liberdade, valores norteadores das relações entre o Poder Público e a comunidade. Essa análise conjuntural das ações administrativas implementadas pela Prefeitura Municipal de Niterói, apontou para a existência de uma política, ainda dependente de ajustes, mas bastante auspiciosa, com o fito de estabelecer um canal de oitiva e acompanhamento das necessidades da população, ao mesmo tempo em que, estabelecidos esses canais, possa a Administração Municipal aumentar sua capacidade de atuação em face das demandas reprimidas no campo da mobilidade, do transporte público coletivo e alternativo, sempre com respeito ao meio ambiente e inexorável viés inclusivo.

Palavras chaves: transporte, inclusão, mobilidade e meio ambiente

INTRODUÇÃO

Com o início do que se chamou de ciclo desenvolvimentista implementado pelo governo de Juscelino Kubitschek, o poder público passou a desempenhar um protagonismo significativo no âmbito da mobilidade urbana.

A inauguração das primeiras montadoras de automóveis no país, a universalização desse meio de transporte nas grandes cidades e sua influência sobre hábitos da população, impactou as Administrações de forma gradual e definitiva, na elaboração das políticas de Estado visando a equação de problemas derivados da universalização e uso dos automóveis – e mais recentemente das motos.

A partir daí, até os dias de hoje, o sistema viário, por uma questão também de política econômica, passou a se constituir numa preocupação para o administrador e assim garantir uma melhor circulação dos automóveis, na maioria das vezes obedecendo a uma lógica perversa no que podemos chamar - de acordo com a visão de institutos e órgãos que estudam o problema - de *favorecimento da fluidez do transporte individual motorizado*, sem atentarem que essa lógica é incompatível com o a qualidade de vida dos grandes centros e como se fosse possível a todos os cidadãos possuir um veículo e todos esses automóveis e motos trafegar livremente pelas vias urbanas, sem gerar crise na circulação em nossas cidades.

Em vista disso, é urgente a necessidade de mudança dos paradigmas que orientam a política de mobilidade urbana no Brasil e também estabelecer uma política que garanta o acesso de toda a população ao transporte público, independentemente de sua capacidade contributiva ao sistema, invertendo a lógica econômica que, ao transferir renda para os usuários e proprietários de automóveis, com fortes subsídios e incentivos para a fabricação de veículos automotores, acabam por gerar redução significativa de usuários dos transportes públicos. Estes por sua vez, não poucas vezes apresentam baixo padrão de qualidade e preço incompatível à capacidade de pagamento dos usuários.

Destarte, as políticas voltadas para o transporte público, passaram a ser influenciadas em grande parte pelas leis de mercado, mantendo o usuário na condição de principal financiador dos serviços, sendo certo que apenas parte do custeio da tarifa vem a ser coberta pelo setor empresarial, via vale-transporte.

Essa realidade resulta em injustiça social, pois os usuários e fornecedores de vales transporte arcam com o custo tributário do serviço e das políticas sociais (gratuidade para os idosos, estudantes e pessoas portadoras de com deficiência física), o que em alguns casos pode superar a 40% do valor da tarifa. Ademais, o preço final da passagem é impactado pelo custo

originário dos congestionamentos causados pelos automóveis em cerca de 20%, pelo consumo adicional de combustível, desgaste dos equipamentos, pneus, salários, além do aumento do tempo de deslocamento do usuário até o seu destino.

Na maioria dos municípios a gestão do transporte público com ênfase na mobilidade urbana é feita, de maneira geral, de forma pouco articulada entre os diversos órgãos da Administração incumbidos de decidir, planejar e implementar as políticas públicas do setor, com vistas a equacionar os problemas relativos ao transporte público coletivo, a infraestrutura, a distribuição de bens e mercadorias, o deslocamento de pedestres e ciclistas (que em Niterói assume um protagonismo cada vez mais importante no dia a dia da Cidade). Falta à maioria dos municípios desse país, aquilo que podemos chamar de uma política que vincule a mobilidade urbana ao desenvolvimento urbano, com inclusão social e respeito ao meio ambiente.

A par dessas conclusões não é demais admitir que em linhas gerais a política de mobilidade atualmente praticada no Brasil é arcaica e excludente. Importando dizer que o prejuízo econômico e social causado, produz uma realidade muito menos atraente aos investimentos do setor produtivo, fazendo com que esse ramo de atividade, agregue cada vez mais risco à circulação das pessoas.

Ao ser escolhido para sediar grandes eventos de repercussão mundial, como os Jogos Panamericanos de 2007; a Jornada Mundial da Juventude, em 2013; a Copa do Mundo de 2014; e as Olimpíadas de 2016, o Brasil passou por profundas e inadiáveis mudanças no planejamento da mobilidade urbana, acarretando significativa implementação na agenda de políticas e investimentos públicos com repercussão nacional dos novos paradigmas.

A escolha do Brasil para sediar esses megaeventos, fez com que a pressão social nos espaços institucionais de participação do Conselho Nacional das Cidades influenciassem a aprovação da Lei 12.587/12, que instituiu a Política Nacional da Mobilidade Urbana.

Outro fato social de relevo nessa tomada de posição por parte das autoridades, foi o advento das manifestações sociais nos bairros e movimentos de rua contra os aumentos tarifários e por melhores condições de transporte, que culminaram com o *grito das ruas*, em junho de 2013, auxiliando a mobilidade urbana ascender de importância nas agendas políticas e econômicas do país, com a insurgência da população nas ruas e dos trabalhos nos espaços institucionais (principalmente no Conselho Nacional das Cidades), passando a integrar os principais agendas sobre políticas urbanas dos grandes centros nacionais.

Na definição mais abrangente do que venha a ser inclusão social sob o foco da mobilidade, deve ser entendida como a prática de um conjunto de direitos constitucionalmente assegurados à inserção do indivíduo na sociedade, com acesso pleno à educação pública de qualidade, emprego, acesso aos serviços públicos e atividades sociais e recreativas, cabendo ao Poder Público a responsabilidade de criar condições que o pleno exercício desses direitos/necessidades em sua mais ampla concepção.

Visão hodierna, aponta para o transporte público e a mobilidade urbana como sendo inclusivos social e ambientalmente, deixando de ser apenas um serviço a ser prestado para ser visto como fator de consecução de políticas afirmativas e com dignidade constitucional, a partir do advento da Lei 12.587/12 que instituiu a Política Nacional da Mobilidade Urbana.

Uma experiência recente que avançou nessa direção foi o Pacto Nacional da Mobilidade Urbana, elaborado pelo Comitê Técnico de Trânsito, Transporte e Mobilidade Urbana do Conselho Nacional das Cidades, formado por representantes de todos os segmentos sociais – movimentos sociais, trabalhadores, entidades acadêmicas e profissionais, empresários e representantes de todas as instâncias de governo. O Pacto serve como um mapa de navegação para a implementação das propostas da Lei de Mobilidade Urbana.[1]

Hipóteses

Num contexto de medidas e soluções possíveis para mitigar os problemas atinentes à gestão das cidades e as demandas da mobilidade urbana, inclusão social e respeito ao meio ambiente, é incontestável a cooptação do tema pelos movimentos sociais, com repercussão direta no Poder Executivo minimamente antenado com as pretensões imediatas da população da cidade, de modo sobretudo, a minimizar as tensões sociais no que alguns passaram a chamar de participação popular na definição das prioridades políticas da Administração Municipal.

A notória incapacidade do sistema político e de gestão das cidades em atender de maneira satisfatória as demandas sociais, acabam por acentuar problemas que, embora de solução complexa, tornam-se insolúveis ante a leniência ou inapetência de grande parte dos gestores municipais no trato com as questões da mobilidade.

Identificação e análise dos principais problemas no contexto da mobilidade urbana que atingem, principalmente, as populações mais pobres residentes na periferia dos grandes centros, como agentes inibidores da inclusão social e acesso dessa parcela da população aos serviços públicos e oportunidades de emprego e renda.

A necessidade de observância da legislação de regência e da Política Nacional de Mobilidade Urbana como ferramenta essencial à obtenção de recursos federais para o setor, cuja inobservância exclui o município do rol de cidades contempladas.

O desrespeito à Constituição levando à ausência injustificável de projetos e medidas afirmativas para equação de problemas de mobilidade urbana, assumem contorno de faltas graves dos administradores, verdadeiro crime contra os interesses da população que deveriam representar e auxiliar.

Justificativas

A elaboração e desenvolvimento da pesquisa na forma proposta, apresentará a oportunidade de melhor identificarmos a extensão do problema da mobilidade urbana na Cidade de Niterói, os mecanismos de solução postos à disposição do gestor e, acima de tudo, as medidas propostas ou implementadas pela administração municipal.

A partir da definição das hipóteses, a análise dos problemas identificados com o tema, favorecerá uma melhor compreensão dos mecanismos de elaboração das políticas municipais para o setor e os resultados almejados a partir das políticas públicas implementadas.

Destarte, relevante desvendar além do modo de atuação do gestor municipal, o espírito do Plano Diretor – *a mens lege* da norma produzida como expressão da soberania popular.

Alertar sobre o perigo da ausência de uma política de enfrentamento dos problemas da mobilidade por parte de gestores de outras cidades, em cotejo com aquilo que efetivamente identificamos ao final do trabalho.

Optamos por não identificação nominal do Prefeito da cidade *case*, assim como de seus auxiliares nas Secretarias Municipais, de modo a afastar eventuais alegações de favorecimento ou propaganda político partidária que venham a beneficiar esses atores políticos.

Por fim, resgatar, principalmente no gestor municipal, o dever de ecoar em suas ações político administrativas a valoração do justo e do espírito de comunidade como elemento indissociável do exercício de mandado popular.

Objetivos

Geral: Pesquisar o problema da mobilidade urbana e sua influência na redução da possibilidade de acesso a direitos fundamentais por parte da po-

pulação de Niterói, e em especial dos núcleos populacionais localizados em áreas periféricas ou de baixa renda do Município, com ênfase na lógica política empregada pelo gestor municipal

Específico: Analisar as medidas político administrativas implementadas pela Prefeitura de Niterói, no combate aos problemas da mobilidade e transporte público na cidade, a partir da identificação das demandas sociais e sua materialização no processo de oitiva da população para a solução desses problemas.

Metodologia

A pesquisa contemplou a busca de informações gerais quanto ao tema e, de modo específico, planos e ações do Poder Executivo de Niterói na área da mobilidade urbana, transportes públicos e inclusão social.

Optou-se pela não citação de nomes dos administradores ou de qualquer agente político envolvido na pesquisa, de modo a evitar-se conotação equivocada por parte do público alvo ou exposição midiática da personalidade dessas autoridades, o que fugiria ao escopo da pesquisa.

As informações colhidas, fazem parte do acervo encontrado em plataformas e sítios da Internet, além de informes colhidos diretamente junto às Autoridades consultadas ou por meio de suas assessorias de comunicação, além de periódicos e publicações avulsas originárias de Encontros ou Simpósios, com a chancela de Instituições de respeitabilidade comprovada na área da mobilidade, engenharia e planejamento e urbano.

3 - DO PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA A MOBILIDADE URBANA E INCLUSÃO SOCIAL

A Política Nacional de Mobilidade Urbana a partir de 12 de abril de 2015, com o advento da Lei nº 12.587/2012, tornou obrigatório aos municípios elaborar um plano municipal voltado para a mobilidade, obedecendo os seguintes e compulsórios critérios: **i)** aqueles com mais de 20 mil habitantes; **ii)** aqueles Com menos de 20 mil habitantes mas que integrem regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; **iii)** aqueles integrantes de áreas de especial interesse turístico; **iv)** aqueles localizados em áreas de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; e **v)** aqueles que constam no cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis a processos geológicos ou hidrológicos de impacto significativo. [2]

Sem a elaboração desses planos para efetivação de políticas de mobilidade nos municípios, por expressa previsão legal, as Prefeituras não poderão receber recursos orçamentários federais destinados à mobilidade urbana.

No *case* em análise, entendemos que a solução para o problema da mobilidade urbana e do transporte público de Niterói, como restou definido na Lei Municipal Nº 3.385/2019, que instituiu o Plano Diretor do Município, não pode ser enfrentado de forma estanque ou dissociada das soluções e metas traçadas com relação a todo o estamento administrativo.

O atual Plano Diretor de Niterói - que sucedeu o Plano Diretor vigente desde 1992 e atualizado em 2004 - é o instrumento básico da Política de Desenvolvimento Urbano, determinante para todos os agentes públicos e privados que atuam em seu território, em conformidade com o que dispõe o Estatuto da Cidade — Lei Federal nº 10.257, de 2001 — e a Lei Orgânica do Município de Niterói, como expresso no artigo 1º da referida Lei.

Após leitura atenta dos seus 317 artigos, encontramos instrumentos de planejamento para alcançar os objetivos metas visando a solução dos problemas do Município, orientados por princípios que privilegiam a função social da cidade; a função social da propriedade urbana; a equidade e inclusão social e territorial; o direito à cidade; direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; e a gestão democrática. Entendendo-se por função social da cidade o direito de todo cidadão ter acesso à moradia, transporte público, saneamento básico, energia elétrica, iluminação pública, saúde, educação, segurança, cultura, lazer, recreação e à preservação, proteção e recuperação dos patrimônios ambiental, arquitetônico e cultural da cidade.

Além destes objetivos, as ações propostas no Plano Diretor de Niterói, contemplam mais de 70 (setenta) citações ou menções relativas ao tema da mobilidade urbana e transporte público, dispostas no corpo da Lei, além de todo o Capítulo I, com seus 30 artigos e dezenas de incisos específicos sobre mobilidade, alinhando-se, como poucas Leis às diretrizes da Política Nacional Mobilidade Urbana.

Com vistas à ampliar a discussão e participação popular em torno da elaboração do atual Plano Diretor – periodicamente renovado ou revisto - a Prefeitura de Niterói implementou uma série de Audiências Públicas com a população nos últimos anos.. Além dessa convocação, outras se repetiram nos anos posteriores até o encaminhamento da mensagem do Executivo Municipal para discussão Plano pela Câmara Municipal.

Dentre os aspectos que mais chamam a atenção para a necessidade inadiável do poder público enfrentar, de maneira séria e conjuntural, a questão da mobilidade e dos transportes públicos coletivos, é a marginalização geo-

gráfica, uma espécie de segregação velada e discriminatória que a ausência de infra estrutura adequada de transporte e mobilidade torna compulsória.

Enormes contingentes populacionais são “expulsos” para as periferias o que acentua o já denunciado processo de segregação social por ausência de mobilidade adequada e transporte público de qualidade.

A população de Niterói desloca-se pela Cidade utilizando meios diferentes: a pé, de bicicleta, de carro, de moto, de ônibus, BRT, Vans, taxis e UBER, nas diversas vias que interligam as Regiões Norte, Praias da Baía, Oceânica, Pendotiba e Leste. Encontra facilidades e dificuldades, algumas de difícil e onerosa solução. É visível o esforço da Administração Municipal em melhorar o acesso aos serviços públicos essenciais e o transporte é um deles, que ao fim e ao cabo, quando deficiente, impõe óbices e limitações ao pleno exercício do direito de ir e vir dessas populações ou para acessar oportunidades.

De modo a subsidiar as ações e políticas públicas da Cidade, foi implementado um estudo denominado “*Apoio à Revisão do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU) do Município de Niterói*”. Um minucioso estudo de levantamento cartográfico encontrado em poucas cidades no Brasil e que passou a subsidiar as decisões do Poder Executivo em diversas frentes, inclusive na questão da mobilidade.[3]

Algumas providências no campo da mobilidade urbana se destacaram no conserto das ações da Administração Municipal nos últimos anos, tais como: a inauguração do Mergulhão Ângela Fernandes na Avenida Marques do Paraná; Remodelação da Praça Renascença e seu entorno; a inauguração do Mergulhão José Vicente; construção do Túnel Charitas/Cafubá; ligação através de BRT entre Charitas e Itaipu e Centro Itaipu (a partir do Túnel Charitas/Cafubá; urbanização e pavimentação de malha viária da Região Oceânica; urbanização e ampliação de Ruas do Bairros do Viçoso Jardim, Morro do Céu e Ilha da Conceição; Engenho do Mato; Duplicação da Avenida do Contorno; alargamento da Rua General Castrioto, no Bairro do Barreto; ampliação significativa da malha cicloviária e construção do bicicletário público ao lado da Estação das Barcas, na Praça Araribóia; reurbanização com reflexo no fluxo de trânsito da Praça Araribóia (aguardando autorização dos órgãos de fiscalização estaduais) dentre outras de menor impacto.[4]

Um projeto em fase de execução que deverá impactar positivamente a vida dos habitantes de Niterói, é o alargamento da Avenida Marques do Paraná. Segundo a Prefeitura, o projeto prevê a implantação de uma faixa exclusiva para ônibus em cada sentido da avenida, ciclovia bidirecional, parada de ônibus sobre o mergulhão Ângela Fernandes, nos mesmos moldes arquitetônicos das estações da TransOceânica, além de calçadas acessíveis dos dois lados da avenida, novo paisagismo, melhorias na drenagem, iluminação

de LED e sinalização para pedestres. O prazo para conclusão da obra é abril de 2020.

Ainda segundo o Executivo Municipal, o projeto de integração das ciclovias das avenidas Roberto Silveira (Icaraí) e Ernani do Amaral Peixoto (Centro) e ampliação e modernização da Avenida Marquês do Paraná exigiu paciência e denodo na fase de desapropriações e demolições no local, além da própria elaboração do projeto, implicando em razoável atraso no início da execução das obras. [5]

O alargamento da Rua Marquês do Paraná beneficiará motoristas, passageiros, ciclistas e pedestres, reduzindo o tempo de deslocamento e melhorando a qualidade de vida da população. Esse projeto, segundo a Secretaria de Urbanismo e Mobilidade, resolverá vários problemas do trânsito na região, como os engarrafamentos na Avenida Roberto Silveira e na Doutor Celestino, onde, na hora do rush, motoristas ficam retidos por mais de 40 minutos.

O trânsito nesta região passou a ter maior fluidez uma vez que os motoristas que seguem pela Avenida Feliciano Sodré podem acessar a Avenida do Contorno e a Alameda São Boaventura sem precisar contornar a Praça Renascença ou parar no sinal no cruzamento com a Jansen de Mello. Ao final da obra foram derrubadas 130 árvores e plantadas outras mil, de espécies nativas.

De acordo com o Vice Prefeito de Niterói, a obra está sendo executada em duas etapas para minimizar o impacto na mobilidade. As intervenções estão sendo realizadas na parte viária, com o alargamento da pista e a implantação da ciclovia e das calçadas dentro das normas de acessibilidade, no sentido Centro-Icaraí. Em seguida, será executado o mesmo procedimento no sentido contrário (Icaraí-Centro). [5]

O Plano de Mobilidade de Niterói prevê ainda corredor para ônibus no Centro e, entre outras intervenções o projeto prevê a implantação de uma ciclovia de 11 quilômetros em quase todo o trecho da orla, da Ponta d'Areia a Charitas, além da reurbanização da Avenida Visconde do Rio Branco, no Centro, com a implantação de corredores exclusivos para ônibus.

A reurbanização do Centro da Cidade inclui trecho a ser reurbanizado na Avenida Visconde do Rio Branco que vai do entroncamento próximo ao Mercado São Pedro até o Plaza Shopping. Terão pistas e calçadas replanejadas, uma ciclovia e paisagismo projetado pelo escritório Burlle Marx. O estacionamento ao lado da estação das Barcas será desativado. A Secretaria Municipal de Urbanismo e Mobilidade, informou que a obra será financiada com recursos provenientes dos royalties do petróleo.

Segundo a mesma Secretaria, o objetivo é implantar ali o conceito urbanístico de rua completa, com calçada, ciclovia, pista para carros, pistas segregadas e espaços adequados para bancas de jornal e cabines de serviços. Não haverá mais estacionamento.

Em abril de 2018, a Prefeitura de Niterói lançou um edital para a contratação de empresa para a execução de obras de drenagem e pavimentação da localidade Maralegre, na Região Oceânica. De acordo com o projeto, serão contempladas 15 ruas, o que representa aproximadamente 4,8 quilômetros de obras. A previsão é de que o trabalho seja concluído no primeiro semestre de 2020. O investimento previsto neste projeto é de R\$ 17 milhões.

De acordo com a Empresa Municipal de Moradia Urbanização e Saneamento, o edital para obras no Loteamento Serra Grande e Maravista, que foi lançado no início de abril de 2019, concluiu o processo licitatório em junho e tem prazo de execução de um ano. Serão contempladas 73 ruas, com um investimento de R\$ 75 milhões.

As obras do loteamento Santo Antônio cujo processo licitatório foi concluído no fim de abril, tendo as obras iniciado em final de maio. O custo estimado é de R\$ 77 milhões e 27 ruas do loteamento serão contempladas, totalizando 13 quilômetros de obras. O prazo para execução da obra será de um ano.

Já o projeto executivo para o Engenho do Mato incluiu um edital lançado em agosto. A previsão de início das obras é para novembro e serão contempladas 117 vias, totalizando 47 quilômetros de obras.

Neste pacote de obras, segundo apuramos, há cerca de 200 ruas beneficiadas, num conjunto de realizações que já beneficiaram mais de 30 mil pessoas, segundo dados da Secretaria Municipal de Obras, com cerca de R\$ 210 milhões para os projetos, que serão executados com recursos do Município e da Cooperação Andina de Fomento (CAF).

As obras do Loteamento Boa Vista foram concluídas também em abril passado. O bairro recebeu a instalação de mais de seis quilômetros de galerias de águas pluviais para drenagem, terraplanagem, pavimentação e calçadas. A praça do bairro também está sendo reformada e terá quadra poliesportiva, arquibancada, brinquedos e academia para a terceira idade. O investimento do município neste projeto foi de mais de R\$ 15 milhões e permite a implementação novos projetos de mobilidade após a urbanização.[5]

As intervenções eram uma antiga reivindicação dos moradores, uma vez que a região é cercada por dois rios e, quando chove os alagamentos impactam o deslocamento dos moradores. Segundo o Secretário Municipal de Obras foram realizadas diversas reuniões com os moradores, identificadas suas demandas e elaborado o projeto. Para as próximas intervenções nos

bairros da Região Oceânica, será adotado o mesmo planejamento para as obras do Loteamento Boa Vista, que funcionou de modo satisfatório, segundo a avaliação oficial. [5]

Desde 2013, foi realizado o maior investimento que a Região Oceânica já recebeu em obras de drenagem e pavimentação. São mais de R\$ 100 milhões. Foram drenados e pavimentados as localidades de Cafubá, Fazendinha e o Bairro Peixoto, e parte de Piratininga, Camboinhas, Maravista e Maralegre. São mais de 150 ruas com obras executadas.

Em 2018, por exemplo, foram concluídas as obras da Avenida Professora Romanda Gonçalves, no Bairro de Engenho do Mato. A via tem três quilômetros de extensão e recebeu investimento de R\$ 19 milhões. Em 2017, foi entregue a maior obra de macrodrenagem de Itaipu e Piratininga, entre a Estrada Francisco da Cruz Nunes e a Avenida Almirante Tamandaré.

Como manifestação das políticas públicas do Município para solução dos problemas da mobilidade com inclusão social, a Cidade de Niterói tem previsto para os dias 16 a 27 de setembro a “*Virada da Mobilidade 2019*”, como parte do calendário da Semana Nacional do Trânsito. A programação da virada conta com 53 eventos voltados aos temas de Educação Para o Trânsito e Mobilidade Urbana, organizados pela Empresa Municipal Niterói Transporte e Trânsito, a NitTrans. A Semana Nacional do Trânsito, de 18 a 25 de setembro no calendário oficial, terá em Niterói 11 dias de eventos. [6]

A maior ação da Semana Nacional do Trânsito em Niterói acontecerá justamente no domingo, dia 22, quando a Avenida Jornalista Alberto Francisco Torres, na orla da Praia de Icaraí, será fechada ao trânsito entre as Ruas Álvares de Azevedo e Mariz e Barros, das 10h às 18h, para que a população possa utilizá-la como área de lazer. Haverá passeio ciclístico, atividades educativas, apresentações culturais, feira de artesanato, oficina de pequenos reparos gratuitos para bicicletas e estandes da Prefeitura de Niterói com prestação de serviços públicos.

No mesmo dia, às 18h30, a parede externa do Museu de Arte Contemporânea (MAC) será transformada em uma tela de cinema, onde será exibido o documentário 'Ciclos', do cineasta Alexandre Charro. Após o filme haverá debate com a plateia sobre mobilidade urbana, com participação de representantes da NitTrans e da Secretaria Municipal de Urbanismo.

Ao longo da semana estão previstas ações voltadas a todos os públicos. Na quinta-feira, dia 19, a temática Mobilidade Urbana estará em pauta em dois workshops a serem realizados no Instituto de Computação da Universidade Federal Fluminense (UFF), com a mediação do Secretário Municipal de Urbanismo e Mobilidade e participação dos secretários municipais de Planejamento, Orçamento e Modernização da Gestão, de Fazenda.

Ainda na agenda acadêmica, está previsto para o dia 19 o seminário em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil - Niterói, com a presença de membros da Comissão de Transportes e Mobilidade Urbana da instituição.

A Secretaria de Ciência e Tecnologia promoverá oficinas com a utilização de linguagem de programação de computadores para abordar a temática de Educação Para o Trânsito, em evento abertos ao público, na Plataforma Digital da Engenhoca.

Para as crianças haverá contação de histórias e oficina de quadrinhos na Biblioteca Parque, também com foco em Educação Para o Trânsito. A programação traz ainda apresentação teatral no Campo de São Bento e no Horto do Fonseca. Uma "bicicletada infantil" está marcada para o sábado, dia 21, com início no bicicletário Araribóia e chegada na Biblioteca Parque.

Em diferentes dias e horários a "*Virada da Mobilidade*" promoverá a instalação das *Vagas Vivas*, com ocupação de vagas de estacionamento para a realização de atividades culturais, no Centro, na Zona Sul, na Zona Norte e na Região Oceânica. Haverá ainda cafés da manhã promovidos em pontos próximos a ciclovias e faixas de pedestre com movimento intenso, com o objetivo de convidar a população a um diálogo sobre conscientização para o uso correto das ciclovias e ciclofaixas e faixas de pedestres.

A programação contará, ainda, com visitas guiadas às dependências do Centro de Controle Operacional do município (CCO) e intervenções artísticas em faixas de pedestres, para a conscientização do seu uso pela população.

Essa iniciativa da Prefeitura, além de auspiciosa, chamou nossa atenção pelo fato de buscar a realização de atividades, alcançando as populações de vários bairros da cidade. Com um objetivo educacional pedagógico bem definido, tendo por escopo alcançar, principalmente, o público infanto-juvenil, além de chamar a atenção para a necessidade de uma convivência mais harmônica e humanizada no dia a dia do trânsito, incentivando hábitos de mobilidade consentâneos com a ecologia e o meio ambiente, além de difundir os mecanismos de controle e fiscalização do trânsito utilizados pelas autoridades municipais.

Verdade seja dita, embora tenha se prestado a conferir notoriedade aos temas de Educação Para o Trânsito e Mobilidade Urbana, no contexto da Semana Nacional do Trânsito, a *Virada da Mobilidade 2019*, por seu alcance e importância sócio educativa, é merecedora de mais de uma versão anual.

No mesmo norte, e prestes a iniciar-se logo após o término de nossa pesquisa, nos dias 20 a 21/09, na Universidade Federal Fluminense, no auditório do NAB (Núcleo de Estudos em Biomassa e Gerenciamento de Águas) a 7ª CONFERÊNCIA DAS CIDADES de Niterói.

A Conferência terá como temática CIDADE E DEMOCRACIA e como objetivos promover a interlocução entre Sociedade Civil, autoridades e gestores públicos dos três entes federativos, sobre assuntos relacionados à Política Municipal, Estadual e Federal de Desenvolvimento Urbano e à integração metropolitana; e sensibilizar e mobilizar a sociedade niteroiense para o estabelecimento de agendas, metas e planos de ação para enfrentar os problemas existentes em todas as regiões do Município.

4 – NITERÓI E A OPÇÃO PELAS BICICLETAS

A Lei nº 13.724 de 05/10/2018, instituiu o Programa Bicicleta Brasil (PBB) integrando a bicicleta ao sistema de transporte público coletivo. Sua finalidade primordial é estimular a utilização de transportes que menos agriam o meio ambiente, com modelos de compartilhamento de modo a facilitar o acesso de usuários, reduzindo custos de aquisição.

De acordo com o Parágrafo Único do artigo 2º do PBB, são diretrizes a serem implementadas: a criação de uma cultura favorável aos deslocamentos cicloviários como modalidade de deslocamento eficiente e saudável; a redução dos índices de emissão de poluentes, a melhoria da qualidade de vida nos centros urbanos e das condições de saúde da população; o desenvolvimento de ações voltadas para a melhoria do sistema de mobilidade cicloviária; a inclusão dos sistemas cicloviários nas ações de planejamento espacial e territorial; a conscientização da sociedade quanto aos efeitos indesejáveis da utilização do automóvel nas locomoções urbanas, em detrimento do transporte público e de alternativas não motorizadas, melhorando as condições de mobilidade urbana.

Nessa seara temos também o Plano de Mobilidade Urbana, que foi criado através da Política Nacional de Mobilidade Urbana - PNMU Lei nº 12.587/12, e que tem o duplo escopo de integrar os diferentes modos de transporte e aprimorar a acessibilidade e mobilidade das pessoas, determinou que até abril de 2015, as cidades com mais de 20.000 habitantes, elaborassem um Plano de Mobilidade Urbana, sob pena de não poderem acessar os recursos federais destinados ao tema, com previsão também no PBB.

Em consonância a esses comandos Administração Municipal vem investindo na construção de ciclovias, ciclofaixas, faixas compartilhadas, implantados aluguéis de bicicletas a baixo custo em terminais de transporte coletivo, centros comerciais e locais de grande fluxo, a construção de bicicletários nos terminais de transporte – o Bicicletário Araribóia ao lado da estação das barcas, é o primeiro - a instalação de paraciclos ao longo das vias e estacionamentos apropriados a instalação de equipamentos de apoio aos usuários, como banheiros públicos e bebedouros, em locais estratégicos, a im-

plantação de sistema de locação de bicicletas a baixo custo nos terminais do sistema de transporte público coletivo, em centros comerciais e em outros locais de grande fluxo de pessoas.

Criado em 2013, o Programa Niterói de Bicicleta é um dos 32 projetos estruturadores definidos no plano estratégico municipal Niterói Que Queremos. Pensado como uma resposta aos desafios relacionados à mobilidade, ao meio ambiente e, de uma maneira mais ampla à qualidade do espaço urbano de Niterói, o programa tem como principal objetivo estimular a cultura cicloviária na cidade.

Em 2016 o Instituto de Políticas de Transporte e Desenvolvimento – ITBP e a Prefeitura de Niterói assinaram um acordo de cooperação técnica, para elaboração do Plano Diretor de Mobilidade Urbana Sustentável da cidade, também chamado de PMUS, estando até o presente momento em desenvolvimento o aludido Plano.

Em 2018 o Programa Niterói de Bicicletas passou a integrar o Plano de Mobilidade Urbana do Município de Niterói.

A falta de um Plano de Mobilidade Urbana impede que o Município tenha acesso a financiamentos com recursos federais para implementação das políticas e diretrizes previstas no Estatuto da Cidade, na Política Nacional de Mobilidade Urbana e no Programa Bicicleta Brasil.

Niterói conta com mais de 30 quilômetros de malha cicloviária, dos quais 19 quilômetros foram construídos na atual gestão municipal. Esse aumento da malha cicloviária fez muita gente tomar coragem e adotar a bicicleta como meio de transporte. Antes mais vistas no calçadão e nas áreas de lazer, as bicicletas se proliferaram pelas ruas e passaram a ser usadas pelos ciclistas para ir ao trabalho e levar as crianças para a escola.

Essa mudança de hábito parece definitiva e deve chegar a outros locais da cidade: a prefeitura planeja implantar cem quilômetros de malha cicloviária nos próximos três anos, sendo 57 quilômetros na Região Oceânica.

Uma contagem feita em dezembro de 2018, na ciclovia da Avenida Amaral Peixoto, pelo programa Niterói de Bicicleta, da Prefeitura de Niterói, revelou que 453 ciclistas passaram pela via entre 18h e 19h, de segunda e sexta feira, um aumento de mais de 40% em relação a dezembro de 2017, quando o número registrado foi de 277.

O Bicicletário Arariboia, que até dezembro de 2018, tinha 4.890 usuários cadastrados, ganhou novos frequentadores no primeiro semestre de 2019 e está com sua capacidade esgotada.

O aumento do número de ciclistas nas ruas de Niterói também pode ser verificado pela quantidade de bicicletas que atravessam a Baía de Guana-

bara de barcas. A concessionária que administra o serviço de transporte hidroviário entre a Praça Arariboia e a Praça 15 registra, atualmente, uma média de 1,5 mil ciclistas nas embarcações, diariamente.

Em 30 de outubro de 2018 Niterói instaurou um procedimento através de um Chamamento Público para implementação do sistema de bicicletas compartilhadas no Município, pelo qual os interessados deveriam apresentar estudos e projetos para operação desse serviço na Cidade com previsão para iniciar os serviços em 2019, o que não ocorreu.

Reportagem do Jornal O Fluminense de 30/10/2018, informa que a Secretaria de Planejamento, Orçamento e Modernização da Gestão, publicou Edital de Chamamento Público para Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) do sistema de bicicletas compartilhadas do Município, para a implantação do sistema de bicicletas compartilhadas no município, por meio de parceiras com a iniciativa provada, com o fito de através de um serviço de qualidade “ Incentivar o uso desse meio de transporte, tanto entre quem mora na cidade, quanto para quem visita, é fundamental como um complemento aos investimentos importantes que estamos realizando em mobilidade urbana.” [6]. A previsão era de que a proposta escolhida seria anunciada no início de 2019 e o sistema implantado em 2020, o que não se efetivou.

De acordo com matéria veiculada no jornal A Tribuna da edição de 03 de setembro de 2019, a Prefeitura de Niterói publicou novo edital para implantação do sistema de bicicletas compartilhadas, com estações, bicicletas de aluguel, sistema de operação e controle de uso, para um período de cinco anos, prorrogáveis por mais cinco anos. [7]

Por fim a população de Niterói aguarda a chegada da “febre “ dos patinetes elétricos, que pululam a Cidade do Rio de Janeiro e que ainda enfrentam a falta de norma específica, cabendo aos Municípios a responsabilidade pela normatização, seguindo as diretrizes da União, que é o ente que tem a competência de estabelecer as normas gerais sobre trânsito e mobilidade, além das regras de direito administrativo que balizam a escolha do modelo de exploração da atividade. Mas esse será um outro capítulo não enfrentado na presente pesquisa.

Repisando, o presente trabalho foi iniciado e concluído quando ainda pendentes eventos realizados na Cidade de Niterói, envolvendo o tema da mobilidade urbana, com ênfase na utilizações de modais alternativos e busca de soluções para o problema da mobilidade urbana, o que faz dessa pesquisa, despreziosa contribuição para debate.

REFERÊNCIAS

- [1] MOBILIDADE, INCLUSÃO E DIREITO À CIDADE, NOVAS CPNQUISTAS, MDT – Movimento Nacional pelo Direito ao Transporte e FNRU - Fórum Nacional de Reforma Urbana – FNRU, Relatório Final, 2015
- [2] ITDP – Instituto de Políticas de Transporte & Desenvolvimento - Relatório sobre Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei 12.587/2012) e os Planos de Mobilidade ano 2015.
- [3] http://urbanismo.niteroi.rj.gov.br/wp-content/uploads/2015/10/diagnostico-tecnico-volume-3-3_caderno_de_mapas.pdf. – em 28/08/2019 às 16.32
- [4] Informações Obtidas junto à Chefia de Gabinete do Vice Prefeito de Niterói em 24/08/2019
- [5] Informações obtidas junto à chefia de Gabinete do Prefeito em 25/08/2019.
- [6] Informações obtidas junto ao sítio da Prefeitura Municipal de Niterói, endereço eletrônico http://www.niteroi.rj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6063:2019-09-16-18-30-59, consulta realizada em 30/08/2019 às 14.30 hs
- [7] Reportagem publicada no Jornal O Fluminense, edição de 30/10/2018.
- [8] Reportagem publicada no Jornal A Tribuna, edição de 03/09/2019.

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA:

Um breve relato histórico de sua evolução

Marcia Leite Borges

*Universidade Federal Fluminense, Doutora em Ciência Política, Niterói, Brasil,
marcia.borges.bb@hotmail.com*

Luciana Adélia Sottili

*Universidade Federal do Rio Grande, Mestre em Justiça Social e Cidadania, Rio Grande, Brasil,
lusottili@hotmail.com*

RESUMO

Desde os tempos mais remotos da história, têm-se notícias do preconceito e da discriminação contra as pessoas com deficiência, não sendo estas, na maioria das vezes, vistas como membro integrante da sociedade. Neste sentido, as crianças que nasciam com algum tipo de incapacidade aparente eram mortas, consideradas “criaturas demoníacas”, relegadas à reclusão e escondidas como símbolo de vergonha ou “castigo de Deus”. A humanidade muito evoluiu ao longo dos séculos, porém, ainda estamos longe de uma sociedade que respeite as diferenças. Por esta razão, se faz necessário dialogar sobre as questões da deficiência e da necessidade de inclusão. O presente trabalho busca analisar a evolução do tratamento dado às pessoas com deficiência e apresentar a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) e a Política de Inclusão ao Mercado de Trabalho. Para o desenvolvimento desta pesquisa, foi adotada uma abordagem metodológica baseada na pesquisa bibliográfica sobre a temática da deficiência.

Palavras-chave: Pessoa com Deficiência, Políticas Públicas, Estigma Social.

INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos da história se têm notícias da incompreensão da sociedade com relação às pessoas com deficiência congênita. Desta forma, as crianças que nascessem com alguma incapacidade aparente eram mortas, consideradas “criaturas demoníacas”, relegadas à reclusão e escondidas como símbolo de vergonha ou “castigo de Deus”.

A humanidade muito evoluiu ao longo dos séculos e hoje organismos nacionais e internacionais, políticos e sociais se unem para defender o direito de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, como participantes responsáveis por sua vida.

Para auxiliar no desenvolvimento desta pesquisa, foi adotada a pesquisa bibliográfica, baseando o referencial teórico no aporte de obras nacionais e estrangeiras de áreas temáticas diversas como história, direito, sociologia e políticas públicas.

Desta forma, o presente trabalho busca analisar a evolução do tratamento dado às pessoas com deficiência e apresentar as principais políticas públicas voltadas a sua inclusão social no Brasil.

A pesquisa será dividida em três partes: na primeira parte será realizado um panorama geral do tratamento dispensado às pessoas com deficiência na antiguidade e a formação do estigma social que veio a acompanhar as pessoas com deficiência em todas as épocas. Na segunda parte será analisada a evolução do tratamento dado às pessoas com deficiência no decorrer da história, em especial a história recente com a consagração do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Na terceira parte serão analisadas duas das políticas públicas brasileiras que buscam a inclusão da pessoa com deficiência em seu meio social e a eficácia de sua aplicação.

1. O TRATAMENTO DADO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA ANTIGUIDADE

Nas civilizações antigas, o recém-nascido só era considerado detentor de certos direitos, inclusive à vida, caso fosse aceita pelo patriarca da família. Segundo Coulanges (2009), o pai possuía o direito de reconhecer a criança em seu nascimento ou de rejeitá-la, este direito lhe era concedido pela lei e advém de uma época em que a família tinha seu sacerdote e juiz na figura paterna.

Os casos para o enjeitamento de crianças eram os mais diversos, seja por terem nascido meninas, miséria social, má formação, dentre outros. Assim, “enjeitavam ou afogavam as crianças com incapacidade aparente (nisso não havia raiva, e sim razão)” (VEYNE, 2009, p. 21).

Outras demonstrações do tratamento dado às pessoas com deficiência estão presentes nas antigas civilizações grega e romana em uma época em que se pregava o culto ao corpo, relacionando a força de seus cidadãos ao poder do Estado.

Esta correlação entre a aparência física de um cidadão e o poder do Estado ao qual ele pertencia legitimava leis motivadoras de infanticídio

quando as crianças nascessem com alguma incapacidade aparente (GARLAND, 1995 apud BARNES; MERCER, 2010).

Em Esparta, Cidade-Estado da Grécia voltada para o militarismo e para a formação de soldados, quando do nascimento de uma criança, esta era levada perante os anciãos para avaliação de sua capacidade física, pois esta era vista como condição para o exercício da cidadania (WINZER, 1997). Os bebês com incapacidades aparentes eram jogados ao mar, em precipícios ou largados em lugares longínquos à sua própria sorte, este tratamento também era dado às pessoas que adquiriam alguma incapacidade ao longo da vida (SILVA, 1987).

Ainda segundo Silva (1987), mesmo com poucas referências sobre a antiga Atenas, é possível localizar em algumas citações e textos jurídicos que de forma similar à conduta espartana, as crianças que nasciam com alguma incapacidade não tinham sua vitalidade reconhecida. Contudo, não era obrigatório o infanticídio, embora fosse prática corrente.

Analisada brevemente a evolução histórica do tratamento dado ao deficiente desde a antiguidade e sua evolução, passa-se a analisar a formação do estigma social em relação à pessoa com deficiência.

2. A MUDANÇA DE PERCEPÇÃO QUANTO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Durante muito tempo, as pessoas com deficiência foram estigmatizadas. É sabido que, a definição de estigma traz consigo uma carga negativa e preconceituosa em relação às pessoas associadas a este termo. No ano de 1963, Goffman apresenta o termo “estigma” como:

[...] sinais corporais destinados a expor algo incomum e ruim sobre o status moral do assinalado. Os sinais eram cortes, ou queimaduras no corpo anunciando que era um escravo, um criminoso ou um traidor, uma pessoa manchada [...] a ser evitada, especialmente em lugares públicos (GOFFMAN, 1963, p. 5).

Na sociedade moderna, a ideia de estigma seria proveniente de uma construção social que remete às características ou atributos de uma determinada pessoa, e em razão disso é excluída do convívio (OLIVER, 1999).

Neste sentido, “as pessoas com deficiência foram historicamente submetidas às construções modernas que as definiram como menos pessoas – porque viventes em corpos patológicos, disfuncionais e anormais” (MARTINS, 2016, p. 186), não possuindo estas, qualquer tipo de tutela do Estado, não sendo reconhecidas como sujeitos de direito, tampouco de cidadania.

De acordo com Barnes e Mercer (2010), mesmo nos períodos em que os princípios religiosos se constituíam como centrais na sociedade, as pessoas com deficiência, eram tratadas de maneira diferente. O judaísmo, por exemplo:

[...] considerava muitas deficiências e doenças como um sinal de transgressão, impureza e impiedade que fornecia justificativa para separar os indivíduos do resto da sociedade. No entanto, o judaísmo também proibiu o infanticídio de crianças recém-nascidas com deficiência e enfatizou a importância de prover a ‘caridade’ para os ‘doentes’ e os menos favorecidos. Essa ambivalência foi replicada nas reações da igreja cristã primitiva BARNES; MERCER, 2010, p. 15).

Estes autores também referem, que na idade média a relação entre as pessoas com deficiência e a manifestação das trevas e do demoníaco retornou com força e novamente as crianças com deficiência tornaram-se um vergonhoso estigma tanto para a família quanto para os olhos da sociedade.

A existência de uma incapacidade se tornou justificativa para o isolamento, ostracismo e até mesmo perseguição (HAFFTER, 1968 apud BARNES; MERCER, 2010). Além disso, no período abrangido pela inquisição, as pessoas com deficiência mental “foram executadas, seja porque eram percebidas como sendo filhas de bruxas, ou porque seu próprio comportamento parecia estranho ou ameaçador” (WINZER, 1997, p. 25).

Com o despertar do Renascimento (século XIV ao XVI), assiste-se a uma forte evolução nos campos da medicina e do ensino, que associados ao processo de colonização, encetam um novo discurso influenciado pelo pensamento liberal, de negação às atividades inquisitórias de caça às bruxas e aos demônios (BARNES E MERCER, 2010).

O surgimento de movimentos neste período como o humanismo, o qual contrariava a visão teocêntrica, colocando o ser humano como centro de todas as coisas, contribuiu na dissolução:

[...] das ancestrais concepções teológicas da doença e da deficiência. Este movimento permitiu um maior enfoque no corpo humano, exaustivamente observado e representado na arte de pintores e escultores renascentistas, como Miguel Ângelo e Leonardo Da Vinci (FONTES, 2016, p. 26).

Por conseguinte, um novo pensamento baseado na ciência fez com que emergissem diferentes visões sobre a deficiência, como a do médico italiano Gironimo Cardano, que no século XVI, “não só criticou a caça às bruxas, mas propôs algumas das primeiras medidas, que se tem conhecimento, para a educação especial” (WINZER, 1997, p. 26). A deficiência começou a ser tratada como um caso médico de cunho biológico e não mais como possessões ou casos demoníacos.

Saltando para um período mais próximo da história, em 1949, a ONU anunciou um novo conceito de saúde integrando o conceito de um completo bem-estar físico, mental e social. Segundo Brauner e Furlan (2013), o novo paradigma desencadeou um efeito cascata a nível mundial e várias nações passaram a rever seus conceitos sobre saúde e respeito à vida, considerando as questões sociais e ambientais.

Esta postura da ONU pode ser considerada um marco pois a revisão do conceito de saúde, não mais identificado apenas pela ausência de doenças, possibilitou que novos estudos fossem construídos a partir do novo paradigma.

Para Martins (2016), a primeira insurgência ativa das pessoas com deficiência ocorreu nos Estados Unidos entre as décadas 60 e 70 com o surgimento do primeiro “Centro para a Vida Independente” (CVI), em 1972 por Ed Roberts e “propiciou a descoberta de potencialidades das pessoas com deficiência muito grave e a invenção de recursos capacitadores para pessoas equivocadamente consideradas incapacitadas” SASSAKI, 2001, p. 04).

As diversas mobilizações, como por exemplo a criação dos CVIs, possibilitaram a superação da percepção da deficiência como tragédia pessoal, representada pelo modelo médico da deficiência, e criaram novos marcos no entendimento sobre saúde e sobre deficiência como a elaboração da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) elaborada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2001, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas ocorrida em 2007, cujo protocolo facultativo foi ratificado pelo Brasil através do Decreto 186 da CF em 2008, e que influenciou decisivamente na construção da Lei nº 13.146/2015, conhecida como “Estatuto da pessoa com deficiência”.

A CIF é baseada na revisão e aprimoramento da Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (ICIDH) publicada.

Segundo relato de Farias e Buchalla (2005):

O modelo da CIF substitui o enfoque negativo da deficiência e da incapacidade por uma perspectiva positiva, considerando as atividades que um indivíduo que apresenta alterações de função e/ou da estrutura do corpo pode desempenhar, assim como sua participação social. A funcionalidade e a incapacidade dos indivíduos são determinadas pelo contexto ambiental onde as pessoas vivem. A CIF representa uma mudança de paradigma para se pensar e trabalhar a deficiência e a incapacidade, constituindo um instrumento importante para avaliação das condições de vida e para a promoção de políticas de inclusão social (FARIAS; BUCHALLA, 2005).

A CIF é classificada em duas partes:

a) Funções e estrutura do corpo, atividades e participação - são as funções fisiológicas dos sistemas orgânicos inclusive as funções psicológicas, estruturas do corpo são partes anatômicas do corpo como órgãos, membros e seus componentes, atividade é a execução de uma ação ou tarefa por um indivíduo e participação é envolvimento de um indivíduo numa situação da vida real.

b) Fatores ambientais e pessoais - se referem ao ambiente social, físico e atitudinal em que as pessoas vivem e guiam sua vida.

A CIF parte da análise de que dois indivíduos com a mesma doença podem apresentar funcionalidades em diferentes níveis e dois indivíduos com a mesma funcionalidade podem não possuir a mesma doença, baseando-se no que o indivíduo pode ou não fazer em sua vida diária e opera com a abordagem biopsicossocial para aferir os diferentes níveis de funcionalidade que possam se apresentar no caso concreto.

Na verdade, a abordagem biopsicossocial é uma tentativa de unir, como complementares dois modelos que antes eram vistos como opostos. O modelo médico que continua presente na sociedade e que vê a incapacidade como um problema individual e o modelo social onde esta questão é tratada como opressão social.

Essa visão biopsicossocial foi incorporada na legislação brasileira, através da Lei nº 13.146/2015. A referida lei apresenta o conceito de pessoa com deficiência:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015, Art. 2º).

Conforme disposto na Lei, cabe ao Executivo a execução de políticas públicas que favoreçam e garantam à pessoa com deficiência o exercício de seus direitos e sua integração com a sociedade independente do meio em que vive, se urbano ou rural.

Ainda, o Estatuto da pessoa com deficiência estabelece a necessidade de se executar políticas públicas voltadas para o trabalho, possibilitando à estas pessoas sua inclusão e permanência no mercado de trabalho. Assim, “é finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho (BRASIL, 2015, Art. 35º).

Assim, a pessoa com deficiência tem direito ao trabalho e à inclusão em políticas públicas que favoreçam sua integração social, cabendo ao Poder Público a execução e efetivação destas garantias.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Antes de adentrar no tema sobre as principais políticas públicas brasileiras voltadas para as pessoas com deficiência faz-se necessário buscar compreender o que são políticas públicas.

As políticas públicas não apresentam uma conceituação, sendo moldadas de acordo tanto com sua utilização empírica quanto teórica. O presente trabalho utilizará o conceito cunhado por Souza (2006, p. 26), que define política pública como “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação [...] e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações”.

Até a década de 1970, conforme Lanna Jr. (2010), as pessoas com deficiência no Brasil não possuíam espaço para a participação nas decisões de sua própria vida, dependendo muitas vezes, da caridade e da compaixão alheia e as ações governamentais se resumiam a programas assistencialistas. Paralelamente as parcas ou quase inexistentes iniciativas do Estado, no final desta década, ocorreram diversas mobilizações organizadas por pessoas com deficiência

Segundo Lanna Jr. (2010, p. 16) o movimento composto por pessoas com deficiência, nas últimas décadas, buscou “refinar conceitos e mudar paradigmas, criando uma base sólida para a construção de uma nova perspectiva sobre a deficiência”.

Um dos principais avanços na busca de regulamentar a inclusão e a garantia de direitos das pessoas com deficiência foi a edição do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolidando as normas de proteção que em seu artigo 2º atribui ao poder público:

[...]assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à edificação pública, à habitação, à cultura, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico (BRASIL, 1999, Art. 2º).

No Brasil, as políticas públicas são ainda desconexas e não estão diretamente ligadas as reais demandas das pessoas com deficiência, não trabalhando para solucionar ou amenizar as dificuldades diárias desta parte da população. E mesmo tendo a legislação sobre o tema considerada a mais avançada do continente americano, as pessoas com deficiência ainda vivem uma realidade de dificuldades, discriminação e desrespeito em virtude da

sociedade, na maioria das vezes, não respeitar as suas necessidades e os seus direitos.

Dentre as políticas públicas criadas para atender a inclusão das pessoas com deficiência podem ser citadas duas políticas importantes que atuam em situações diferentes da vida da pessoa com deficiência e favorecem sua inclusão na sociedade. A primeira política apresentada é o LOAS que é administrado pelo INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) como política de assistência social. A segunda política é a que se destina à inclusão no mercado de trabalho, que tem por objetivo que o jovem ou adulto com deficiência possa trabalhar e promover seu sustento, tornando-se produtivo no meio social em que vive.

3.1. Lei Orgânica da Assistência Social

A Lei Orgânica da Assistência Social, conhecida popularmente por LOAS, Lei nº 8.714/93 de 07/12/1993 dispõe sobre a organização e funcionamento da Assistência Social. No capítulo IV da referida lei, consta o Benefício de Prestação Continuada, ou seja:

[...] a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família¹” (BRASIL, 1993, Art. 203).

Entende-se pelo requisito de “não possibilidade de prover as necessidades básicas de sobrevivência quando seu núcleo familiar tiver uma renda de menos um quarto (1/4) do salário mínimo *per capita*.”

Este benefício não tem caráter contributivo, não se constituindo em um benefício concedido em caráter previdenciário, assim o favorecido não tem o *status* de aposentado, o que impossibilita a transferência do BPC, não origina pensão aos dependentes em caso de falecimento do beneficiário e este também não faz jus ao pagamento do 13º salário - abono salarial anual (BRASIL, 1993).

A regulamentação do BPC ocorreu em setembro de 2007 com a entrada em vigor do Decreto nº 6.214/2007, quando foram inseridos os parâmetros para a concessão da prestação continuada para as pessoas com deficiência:

Art. 16. A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos

¹Entende-se por família “a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes” (BRASIL, 1993, Art. 20)

princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde no 54.21, aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001.

§ 1º A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade será composta de avaliação médica e social

§ 2º A avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades.

§ 3º As avaliações de que trata o § 1º serão realizadas, respectivamente, pela perícia médica e pelo serviço social do INSS (BRASIL, 2007, Art. 16).

Assim, em 2011, foi dada uma nova redação no § 2º do art. 20 da LOAS a partir da Lei 12.435/2011 que alterou a Lei nº 8.742/1993. Para efeito de concessão do benefício, o conceito de pessoa com deficiência passou a ser “aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas” (BRASIL, 2011, Art. 2º).

Todavia, os impedimentos de longo prazo ainda foram caracterizados como “aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos” (BRASIL, 2011, Art. 20), ou seja, também vinculados a incapacidade de atividade laboral.

Através do Decreto 7.617/2011, é incluído o § 5º, no artigo 16 da Lei 8.742/1993, elencando os objetivos da avaliação da deficiência e seu grau:

I - comprovar a existência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial; e

II - aferir o grau de restrição para a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade, decorrente da interação dos impedimentos a que se refere o inciso I com barreiras diversas (BRASIL, 2011, Art. 12).

Nesse sentido pode-se dizer que se inicia a inclusão, ao menos no corpo da lei, do modelo biopsicossocial da deficiência, passando deficiência a ser vista como a soma de experiências do corpo (física, mental, intelectual ou sensorial), atrelada às diversas formas de restrições existentes e reproduzidas pela sociedade que impedem o indivíduo de se integrar de forma plena.

Todavia, a eficácia da avaliação para concessão do Benefício de Prestação Continuada é objeto de críticas.

A análise, segundo Bim e Murofose (2014), ainda:

[...] focaliza a avaliação e tratamento nos sinais e sintomas, valorizando sobremaneira a entidade estrutural patológica. Deste modo, associa-se à unicausalidade, conferindo uma dimensão estritamente biológica ao ser humano, descontextualizando-o de sua posição biográfica, familiar e social (BIM; MUROFOSE, 2014, p. 348).

Desta forma, mesmo que o instrumental de avaliação social indique que o indivíduo faz jus ao BPC, o requerente terá seu pedido negado, caso na análise médico pericial o perito entender que a incapacidade durará um período inferior a dois anos.

3.2. Inclusão no mercado de trabalho

O Brasil tem realizado vários avanços, principalmente no ordenamento jurídico, em relação à inclusão social da pessoa com deficiência e sua inclusão no mercado de trabalho (SILVA; PRAIS; SILVEIRA, 2015).

Um exemplo é a Lei nº 8.213/91, conhecida como lei de cotas, e que defende o emprego da pessoa com deficiência obrigando as empresas com mais de 100 funcionários a reservarem um percentual de vagas às pessoas com deficiência (BRASIL, 1991).

Todavia, o mercado de trabalho está longe de ser inclusivo, mesmo que existam vagas, estas não são preenchidas. O não cumprimento dessa lei pelos empregadores é justificada pela falta de mão-de-obra qualificada (SILVA; PRAIS; SILVEIRA, 2015).

Sobre a falta de qualificação profissional, é importante frisar que, a educação inclusiva está diretamente ligada com a inclusão laboral, ou seja:

A educação inclusiva também estimula a pessoa com deficiência a lidar com outros indivíduos, aprimorando a relação que ela estabelecerá com a sociedade. No entanto, existem poucos educadores capazes de lidar com as particularidades dessas pessoas, o que prejudica a formação e, conseqüentemente, a inclusão laboral (SILVA; PRAIS; SILVEIRA, 2015).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência apresenta em seu rol de artigos as disposições gerais do direito ao trabalho, contendo desde a obrigatoriedade das empresas de direito público e privado de garantir um ambiente acessível às pessoas com deficiência, até o direito à igualdade de oportunidade, e proíbe qualquer tipo de discriminação no ambiente de trabalho.

Este Estatuto aborda em seu artigo 35 que “é finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições

de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho (SENADO FEDERAL, 2015. p.24).

Contudo, ao que parece, o Estado transferiu grande parte da sua responsabilidade quanto a inclusão das pessoas com deficiência para a sociedade civil e para as empresas, legislando de forma que os custos monetários fiquem a cargo destes últimos.

Um exemplo é a Lei de cotas, que estipula uma reserva de vagas às pessoas com deficiência, no entanto o Estado participa apenas na área fiscalizatória, sem auxiliar ou subsidiar as adaptações necessárias à inclusão das pessoas com deficiência no ambiente de trabalho.

A elaboração das políticas por si só, não conseguem dar a dimensão do quanto essas ações realmente impactam na vida das pessoas com deficiência, a avaliação de como as políticas estão sendo implementadas é de suma importância para dar conta de como está ocorrendo (e se está ocorrendo) uma mudança na visão da sociedade, encarando como reinvidicação de direitos e não de caridade.

CONCLUSÃO

A abordagem inicial da presente pesquisa buscou verificar as ocorrências acerca das pessoas com deficiência nas priscas eras da humanidade que demonstrou o estigma que as pessoas com deficiência sofreram nas mais variadas épocas por não se encaixarem no padrão estipulado socialmente. Este estigma foi se modificando à medida que a humanidade se encaminhava para uma evolução nos seus conceitos sociais e morais.

Na sequência, analisa-se duas importantes políticas públicas de voltadas para a inclusão da pessoa com deficiência.

A política promovida pelo LOAS e vinculada ao INSS busca atender à pessoa com deficiência que não possua condições de manter seu sustento e que por algum motivo não pode contar com o apoio de sua família para garantir sua sobrevivência. Todavia, a análise administrativa possui mecanismos engessados que dificultam sobremaneira o acesso da pessoa com deficiência ao benefício que tem direito.

A segunda política analisada foi a de inclusão no mercado de trabalho. Foi possível verificar que a criação da lei de cotas que busca obrigar as empresas públicas e privadas com determinado número de profissionais em seu quadro a contratar pessoas com deficiência, oportunizando assim que as pessoas com deficiência possam atuar como agentes de mudança de sua realidade social.

No entanto, o Estado apenas criou uma obrigação para as empresas e sociedades, atuando apenas na fiscalização da contratação, mas não se importando com a efetivação de uma política que auxilie verdadeiramente as empresas a se adaptarem ao funcionário que nela atuará ou nas adaptações necessárias a que o funcionário com deficiência necessitará realizar por sua própria conta para candidatar-se a uma vaga de trabalho.

Conclui-se a partir da pesquisa realizada que as políticas públicas aqui analisadas ainda carecem de melhores mecanismos de efetivação da inclusão das pessoas com deficiência, uma vez que atuam na fiscalização, mas não incentivam de forma mais contundente as mudanças necessárias para a desconstrução do estigma preexistente, exibindo falhas em sua construção uma vez que, demandam maiores esforços do ente público para sua efetivação.

REFEFÊNCIAS

BARNES, C.; MERCER, G. *Exploring disability*. 2ª edição. Polity, Cambridge, UK, 2010.

BIM, M.C.S.; MUROFUSE, N.T. *Benefício de Prestação Continuada e perícia médica previdenciária: limitações do processo*. Serviço Social e Sociedade, São Paulo, n. 118, p. 339-365, 2014.

BRASIL. *Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*. Brasília, 26 ago. Seção 1, p. 3. 2009.

BRASIL. Lei Complementar n 142/201. Regulamenta o § 1o do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. *Diário Oficial da União*. Brasília, 09, Seção 1, p. 1. mai. 2013.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*. Brasília, 07 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*. Brasília, 07 Seção 1, p. 2. jul. 2015,

BRASIL. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 25, Seção 1, p. 14809. jul. 1991.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; FURLAN, Karina Morgana. “O crescente processo de medicalização da vida: entre a judicialização da saúde e um

novo modelo biomédico”. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo; PIERRE, Philippe. *Direitos Humanos, Saúde e Medicina: uma perspectiva internacional*. Rio Grande: Ed. Furg, p. 103-132, 2013.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cassia Maria. *A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos e perspectivas*. Revista Brasileira de Epidemiologia., São Paulo, v. 8, n. 2, p. 187-193, Junho, 2015.

FONTES, F. *Pessoas com Deficiência em Portugal*. Fundação Francisco Manuel dos Santos. Lisboa, PT. 2016.

GOFFMAN, E. *Stigma: some notes on the management of spoiled identity*. Harmondsworth: Penguin. 1963.

LANNA JR, M.C.M. *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Brasília. 2010

MARTINS, Bruno Sena. *Deficiência, política e direitos sociais*. In: Juris – Revista da Faculdade de Direito, v.26, Editora da Furg, Rio Grande, 2016.

OLIVER, M. *The Politics of Disablement*. Palgrave Macmillan. Nova Iorque. 1990.

SASSAKI, R. *Conceito de Vida Independente*. 2001. In: Vida Independente: na era da sociedade inclusiva. RNR. São Paulo, 2004.

SENADO FEDERAL. *Estatuto da Pessoa com deficiência*. Secretaria de Editoração e Publicações Coordenação de Edições Técnicas Brasília DF. 2015

SILVA, O.M. *A EPOPÉIA IGNORADA: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje*. Editora CEDAS, São Paulo. 1987.

SILVA, P.N; PRAIS F.G.; SILVEIRA, A.M. *Inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho em Belo Horizonte*. Brasil: cenário e perspectiva. Ciência & Saúde Coletiva, 20(8):2549-2558. 2008.

SOUZA, C. *Introdução Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias - ano 8, nº 16. Porto Alegre jul/dez. 2006.

VEYNE, P. *O império romano*. In: ARIES, Philippe; DUBY, Georges. História da vida privada, 1: do Império Romano ao ano mil. (Dir.). Trad. Hildegard Feist. Versão de bolso. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

WINZER, M.A. *Disability and Society Before the Eighteenth Century*. In: DAVIS, L.J. (ed). The Disability Studies Reader. New York: Routledge. 1997

Eixo temático 07



**ÉTICA,
JUSTIÇA E
GESTÃO PÚBLICA**

AS ESCOLHAS DE PAUTA E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO STF:

Dois movimentos de disrupção da função social da justiça

Geovane Lopes de Oliveira

*Centro de Ensino Superior Aprendiz, professor de direito, Barbacena-MG, Brasil
geovanelopesoliveira@gmail.com*

André Felipe Rosa da Silva

*Centro de Ensino Superior Aprendiz, acadêmico do 10º período de direito, Barbacena-MG, Brasil
nietzscheandre@gmail.com*

RESUMO

O presente trabalho pretende discutir o papel do Supremo Tribunal Federal na realização da função social da justiça, entendida como concretização dos preceitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em especial no que se refere à segurança jurídica, manutenção da repartição de competências e garantia da prestação jurisdicional. Para tanto, discute as opções tomadas pelo referido órgão na definição da pauta de julgamento, com vistas a problematizar o voluntarismo da Corte no que se refere à inclusão ou não de assuntos importantes na agenda de decisões, bem como a discricionariedade com que são utilizados instrumentos como pedidos de vista pelos ministros do Tribunal. Ao mesmo tempo, problematiza-se a tese da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, cujo resultado prático, se adotada pelo STF, será a modificação da repartição de competências definida pela Constituição, em flagrante afronta a princípio de interpretação reconhecido unanimemente pela doutrina e jurisprudência pátria. A convergência dessas duas perspectivas imprime à atuação da Corte um viés político de redefinidor do texto constitucional, explicitando a extrapolação de seu papel de guardião da Constituição, seja pela negação de prestação jurisdicional, seja pela exacerbação de sua competência. A discussão será desenvolvida a partir da análise de decisões judiciais paradigmáticas dos movimentos indicados, confrontados a partir da perspectiva da análise do discurso proposto pela democracia radical, que auxiliará na compreensão da dimensão política da Corte. O trabalho será desenvolvido em três partes: após a introdução, serão articulados os elementos teóricos básicos que justificam a hipótese do reconhecimento do papel político do STF, em seguida a perspectiva teórica

apresentada será confrontada com os exemplos de atuação que sustentam a hipótese, tanto no que se refere à definição da pauta quanto no que se refere à abstrativização do controle difuso, seguindo-se as considerações finais.

Palavras-chave: Papel político do STF; definição da pauta de julgamento; abstrativização do controle de constitucionalidade difuso; função social da justiça.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário um papel fundamental na garantia da sua concretização e na restrição aos abusos no exercício do poder. A partir dela, o Estado Brasileiro vivenciou não só a ampliação expressiva do catálogo de direitos fundamentais, mas também a consolidação dos mecanismos de acesso ao poder judiciário e de controle de constitucionalidade. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal foi, paulatinamente, apropriando-se do protagonismo da definição das pautas jurídicas (e eventualmente políticas), primeiramente pela auto-restrição de suas atribuições, e, em seguida, pela consistente ampliação de suas competências a partir da reinterpretação da ressignificação dos poderes que a Constituição lhe atribuiu.

O mecanismo da autocontenção é ainda um instrumento relevante, presente sobretudo na definição da pauta de julgamentos do STF. Por ela, adia-se ou se antecipa a definição de questões importantes para a sociedade brasileira sem uma identificação clara e técnica dos critérios de escolha do Tribunal. Paralelamente, ensaia-se, há algum tempo, a superação do disposto no art. 52, X, da Constituição, mediante mutação constitucional, para consolidar o efeito erga omnes das decisões do Tribunal em sede de controle de constitucionalidade em concreto, minimizando o papel atribuído ao Senado Federal nesse âmbito pela Constituição. Nesses dois extremos, a concretização da transparência e a manutenção da repartição de competências constitucionalmente estabelecidas, como pressuposto essencial da atuação dos órgãos jurisdicionais, ficam comprometidas, gerando a distorção da função social da justiça.

O presente trabalho pretende avaliar, ainda que de forma perfunctória, esses dois polos de atuação do Supremo Tribunal Federal, aparentemente contrários, que, contudo, reconstroem o papel constitucional atribuído ao Tribunal, vis-à-vis a obrigação de concretização de uma gestão transparente da justiça, pautada no respeito às competências constitucionalmente estabelecidas. Postula-se a perspectiva de que os dois movimentos são complementares e produzem uma distorção na relação do STF como os demais Poderes da República e na realização de sua função social e institucional, convertendo-o

em ator político essencialmente. Essa perspectiva é justificada a partir da análise do processo de construção do campo jurídico no Brasil, associada aos paradigmas da teoria da democracia radical.

O estudo partirá da avaliação dos movimentos de inclusão e exclusão de discussões importantes da pauta do STF, como as ações (ADCs 43, 44 e 54,) e da análise da mudança de entendimento quanto aos efeitos da decisão em controle difuso feita pelo STF, inserida na decisão das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, nºs 3406 e 3470 (que postulam a alteração substancial do sentido normativo previsto no texto do artigo 52, X da Constituição Federal), a fim de diagnosticar os processos de distorção do papel do STF na realização da justiça de forma transparente e compatível com a atribuição de competências estabelecida pela Constituição.

1. O STF COMO ATOR POLÍTICO

O capital social (cultural, econômico, familiar etc.), na esteira do que propõe Bourdieu (1989), é demarcador da composição do Poder Judiciário no Brasil como um todo e forma o campo jurídico brasileiro. Não seria diferente quanto ao STF, malgrado sua forma peculiar de composição. A rigor, o contingente de brancos, cristãos e ricos que formam a magistratura brasileira, segundo dados do perfil sociodemográfico da magistratura brasileira (CNJ, 2018), também são projetados na escolha dos membros da Corte suprema brasileira, haja vista que a estrutura social impede que a maioria da população desprivilegiada alcance posições de poder de forma a ser lembrada para ocupar o órgão de cúpula, e o mecanismo de escolha dos membros é, por si só, reafirmador da relevância daquele capital social e seus conseqüências. Nem os quase cem anos de concursos públicos (para a magistratura estadual, um pouco menos para a magistratura federal) foram capazes de modificar a formação de uma casta social que reafirma a desigualdade social e os privilégios econômicos e de estirpe presentes no Brasil.

A constituição do campo jurídico é inseparável da instauração do monopólio dos profissionais sobre a produção e a comercialização desta categoria particular de produtos que são os serviços jurídicos. A competência jurídica é um poder específico que permite que se controle o acesso ao campo jurídico, determinando os conflitos que merecem entrar nele e a forma específica de que se devem revestir para se constituírem em debate propriamente jurídicos: só ela pode fornecer os recursos necessários para fazer o trabalho de construção que, mediante uma selecção das propriedades pertinentes, permite reduzir a realidade à sua definição jurídica, essa ficção eficaz. O corpo dos profissionais define-se pelo monopólio dos instrumentos necessários à construção jurídica que é, por si, apropriação; a importância dos ganhos que o monopólio do mercado dos serviços jurídicos assegura a cada um dos seus membros depende do grau em que ele pode controlar a produção dos produtores,

quer dizer, a formação e, sobretudo, a consagração pela instituição escolar dos agentes juridicamente autorizados a vender serviços jurídicos e, deste modo, a oferta dos serviços jurídicos. (BOURDIEU, 1989, p. 233)

Com efeito, o direito como um todo, como atividade profissional e intelectual, refletiu historicamente a exclusão social brasileiro, restrita desde o início às classes mais abastadas e relacionadas com a apropriação do poder político. Márques destaca que a criação das duas primeiras escolas de direito (São Paulo e Recife), em 1827, decorreram da necessidade de atender às demandas burocráticas do Estado, formando um quadro de “liberais à brasileira” que defendiam ao mesmo tempo o livre comércio e a simbiose com o Estado.

A convivência de discursos enaltecendo as liberdades e dos méritos individuais, com transposição, para a esfera pública, de práticas políticas e administrativas escordas em trocas de favores e na mais escancarada complacência de compadrio, indica que as limitações do liberalismo à brasileira deviam-se à intenção, de parte significativa das elites implicadas, de usar o discurso liberal justamente para conservar algo que liberais europeus vinham lutando para abolir.

Em resultado, enquanto as disputas políticas se definiam como disputas entre famílias influentes e suas clientelas, [...] nas bases políticas e econômicas a partir das quais o ensino jurídico começou a ser erguido, uma “ética de favores” já se impunha bem claramente sobre a “ética competitiva”, tão enaltecida pelo discurso liberal. (MÁRQUES, 2018, p. 184)

Assim, o bacharelismo se torna expressão de uma elite sem qualquer conexão com as questões cotidianas da população brasileira e preocupada com seus próprios interesses, que busca perpetuar a ordem estabelecida que a beneficia, desvinculada de qualquer projeto de realização de uma justiça social e econômica. Esse classe de profissionais acabaram por compor “um imaginário social distanciado tanto do Direito vivo e comunitário quanto das mudanças efetivas da sociedade” e que, até hoje, prestam-se a reproduzir um direito estatal ritualizado e “afeito mais diretamente aos intentos dos donos do poder e dos grandes proprietários”, que expressam uma atuação conservadora que justifica “a exclusão de significativos setores da sociedade e a manutenção da ordem vigente” (WOLKMER, 2005, p. 103). Daí a inexistência de compromissos emancipatórios consistentes no processo de formação da comunidade jurídica como um todo, e em especial na magistratura.

As duas primeiras constituições, elaboradas no século XIX (a Constituição Monárquica de 1824 e a Constituição da República de 1891), foram, portanto, imbuídas profundamente pela particularidade de um individualismo liberal-conservador, expressando formas de governabilidade e de representa-

ção sem nenhum vínculo com a vontade e com a participação popular, descartando-se, assim, das regras do jogo, as massas rurais e urbanas.

Na verdade, os fundamentos da prática constitucional incidiam, basicamente, nas formas clientelísticas de representação política, na conservação rigorosa da grande propriedade, na defesa desenfreada de um liberalismo econômico, bem como na introdução “aparente” e “formalista” de direitos civis. A ausência de uma política mais democratizante do Estatuto republicano de 1891 demonstra que ainda prevalecia a tradicional economia de fundo agrário, e que, conseqüentemente, no campo, “... o latifundiário ainda podia contar com os processos habituais de controle para assegurar a continuidade de sua dominação” (WOLKMER, 2005, p.110)

Do início da República, passando por crises e golpes até a promulgação da Constituição de 1988, o cenário mudou muito pouco. Houve a consolidação do acesso à magistratura pela via do concurso público, firmando a presunção de uma maior tecnicidade na escolha dos membros e, por conseguinte, na sua atuação. Não obstante, o campo jurídico continuou permeado pela perspectiva da concentração de poder nas mãos das camadas mais abastadas da população, como demonstra o censo da Magistratura de 2018. E a diferença entre os processos de ingresso na magistratura e no STF não demarcam diferença significativa, se for considerada a formação do campo jurídico brasileiro. Pelo contrário, a dimensão política na escolha dos membros da Corte (discricionariedade do Presidente da República chancelada pelo Senado, nos termos do artigo 101 da Constituição de 1988) apenas corrobora a perspectiva aqui indicada.

A Constituição de 1988, com seu texto repleto de direitos fundamentais, definidora de um estado democrático pautado na justiça social e na superação das desigualdades, surge como novo paradigma que pretende conduzir a sociedade a um patamar de concretização de direitos nunca antes visto. O texto aposta em grande medida no papel do judiciário como realizador desse ideal, o que leva à reafirmação do Judiciário como lugar técnico e imparcial da realização de tais direitos, numa reverberação de um ideal que começa com as teorias positivistas do século XIX.

Ganha estofó o papel e a atuação do STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário. O seu artigo 102, que define suas inúmeras competências, confirma sua propensão ao protagonismo, no mínimo por atribuir a ele a função de guardião da Constituição, com prerrogativa de dizer o que ela significa, haja vista sua competência de exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e de solucionar, como última instância recursal, os casos que envolvam discussões sobre a Constituição. Vários autores se debruçam sobre a tarefa de tentar explicar o processo de consolidação do protagonismo do STF. Alguns destacam o redesenho institucional, outros as expectativas soci-

ais, outros o comportamento estratégico dos atores diante do tribunal (ARGUELHES, 2014), numa plêiade de possibilidades que fogem ao escopo deste trabalho. Almeida (2010, p. 283-284), por exemplo, identifica na reforma constitucional de 2004 o ápice da ampliação do poder do STF, com a criação, por exemplo, da súmula vinculante que estabelece um mecanismo de determinação da atuação do Poder Judiciário e do Poder Executivo a partir da decisão do STF, da redistribuição das funções entre STF e STJ e da criação dos conselhos nacionais (Justiça e Ministério Público).

O ponto alto desse protagonismo pode ser reconhecido na reafirmação pelo STF da legitimidade e da legalidade de várias demandas identitárias (política de cotas, por exemplo) no final da primeira década do século XXI, como explica Salles (2017). A partir desse momento, o STF (e o judiciário) pode ser entendido como o novo catalisador de ressignificação da democracia visto que “a teoria do reconhecimento [...] opera uma atualização do princípio da igualdade. O tema das diferenças se impõe como uma questão política, social e cultural que não pode mais ser ignorada na esfera jurídica.” (SALLES, 2017, p. 66). Para efeitos da discussão aqui desenhada interessa o resultado, ou seja, a efetiva importância que a atuação do STF ganha ao protagonizar escolhas que, para além de jurídicas, reescrevem os processos políticos no cenário brasileiro. Essas escolhas podem ser entendidas como tomadas de posição que consolidam uma hegemonia narrativa estabelecida, o que é o pressuposto do presente trabalho.

Esse papel central do Poder Judiciário, fenômeno presente não só no Brasil, é percebido por Maus (2000), analisando o contexto alemão. A autora indica uma superestimação – distorcida – do judiciário, que o coloca na condição de definidor final da moralidade social, ao mesmo tempo que imuniza sua atuação das críticas e dos mecanismos de controle, garantindo-lhe o papel de criador de uma “teologia” jurídica, de forma a naturalizar suas escolhas.

Ao mesmo tempo que a moralização da jurisprudência serve à funcionalização do direito, a Justiça ganha um significado duplo. A nova imagem paterna afirma de fato os princípios da “sociedade órfã”. Nesta sociedade exige-se igualmente resguardo moral a fim de se enfrentar pontos de vista morais autônomos oriundos dos movimentos sociais de protesto. Os parlamentos podem mais facilmente desobrigar-se da pressão desses pontos de vista que vêm “de baixo” na medida em que já internalizaram eles próprios os parâmetros funcionalistas de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.

Mas mesmo quando a Justiça — em todas as suas instâncias — decide questões morais polêmicas a partir de pontos de vista morais, pratica deste modo a “desqualificação” da base social. [...] Somente quando a jurisprudência trata seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas é que

qualquer fato imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria de decisão judicial. (MAUS, 2000, p. 201)

Na mesma toada, Garapon (1999) ressalta que a soberania do povo torna-se refém dos princípios definidos pelo Poder Judiciário e é nele que o cidadão passa a enxergar a condição de possibilidade do exercício democrático pleno, numa transferência da esfera política para a esfera judicial do papel de encerrar as disputas narrativas da sociedade. Contudo, a decisão judicial nada mais é do que o resultado do exercício de um poder pautado pela manutenção da estrutura social estratificada. A decisão, como prática discursiva, é, portanto, a expressão de um mundo vivido de quem a produz, a despeito da pretensão de neutralidade que encerra. Assim, em alguma medida, ela expressará uma leitura particular do substrato linguístico que a sustenta, expressando um consenso simbólico de um grupo específico.

Nesse diapasão, a teoria denominada de “Democracia Radical” pode auxiliar na compreensão do contexto de formação das decisões do STF e dos significados que elas encerram. Ela propõe uma leitura anti-essencialista da sociedade, reconhecendo que as escolhas sociais são formações hegemônicas precárias e (re)discutíveis. A partir disso, a teoria pugna pela ampliação de espaços que garantam a participação dos vários atores sociais, sobretudo os eventualmente alijados das definições hegemônicas da sociedade, com vistas a garantir um lugar de fala competente para as múltiplas visões de mundo que possam questionar o consenso hegemônico formado precariamente (MOUFFE, 1996). Machado (2016), a partir de orientação diversa da aqui apresentada, destaca a importância do pensamento de Laclau (e Mouffe) para compreender-se a jurisdição no contexto contemporâneo.

[...] adequada e útil a uma sociologia da prática jurisdicional, a teoria desenvolvida por Laclau e Mouffe abriria espaço para novos e frutíferos estudos do Direito contemporâneo, balizando análises de discurso capazes de clarificar os jogos de força em questão nos antagonismos que encontram expressão no debate judiciário. (MACHADO, 2016, s.p.)

A obra inaugural dessa proposta é “Hegemonia e estratégia socialista” de 1985, escrito por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (LACLAU e MOUFFE, 2001). A proposta é influenciada pelo pós-estruturalismo e parte da negação da possibilidade de criação de consensos absolutos, permanentes e eternos. Nessa teoria, o conceito de político é central e nele constroem-se articulações de interesses e identidades precários, numa perspectiva diametralmente oposta àquela defendida pela democracia deliberativa quanto à viabilidade de que a argumentação possa catalisar de forma plena, quando conduzida dentro de parâmetros pré-definidos, o consenso racional geral. Ao contrário, a disrupção dos consensos precários é a aposta central da democracia radical, visto que reconhece um excesso, uma sobra em todo e qualquer consenso, que representa os alijados desse consenso (NORVAL, 2007).

Discurso é, nessa perspectiva, uma definição política e representa uma totalidade estrutural de diferenças resultante das práticas articulatórias na esfera pública (LACLAU e MOUFFE, 2001, p. 105-114). Essas práticas constroem o consenso temporário (um ponto nodal na pluralidade de perspectivas e visões de mundo presentes na sociedade contemporânea) e torna-se o germe da sua própria substituição, visto que ele explicita um excedente de significação que torna viável a abertura da totalidade alcançada. O discurso, necessariamente histórico, é uma base de significação de atos linguísticos e extralinguísticos de estrutura dinâmica sujeito a constantes renegociações (TORFING, 1999, p. 84-85). É uma construção sócio-política que permite a identificação dos agentes discursivos (HOWARTH, 2000, p. 102). A sociedade é o local dessas práticas que disfarçam, pela naturalização das opções contingentes (a criação de uma universalidade inexistente), a consolidação das instituições, dando a impressão de que são eternas e necessárias (família, propriedade etc.).

Os projetos antagônicos são passíveis de conciliação a partir de cadeias de equivalência, uma equiparação de significados (demandas) no contexto das diferenças da sociedade. Essa equiparação produziu a sutura do social, sempre contingente e viabilizada pela existência de significantes vazios. (LACLAU, 1996, p.40). Não há universalidades com conteúdo próprio, mas particulares que se projetam como universais, representando a totalidade de demandas particulares equivalentes. Essa transição se dá pela operação de produção de uma hegemonia que coloca um particular no lugar da universalidade (GIACAGLIA, 2006, p. 107). O discurso é, portanto, um mecanismo de fixação de horizontes de significação articulados num campo discursivo (ANDERSEN, 2003, p. 50) e definido pela contingência.

[...] qualquer sistema de significação é estruturado ao redor de lugares vazios resultantes da impossibilidade de produção de um objeto que, todavia, é requerido pela sistematicidade do sistema [...] uma impossibilidade positiva, com uma localização real para qual o x do significante vazio aponta.

[...] o significante que é vazio a fim de assumir a função de representação sempre será constituído inadequadamente. (LACLAU, 1996, p. 40).

O STF pode ser considerado o principal representante dessa perspectiva, consideradas suas atribuições já aqui delineadas, apresentando-se como definidor dos conteúdos associados aos significantes vazios (os preceitos constitucionais no geral, os direitos fundamentais em especial) que ele deve proteger e concretizar. Logo, a grande discussão deve relacionar-se aos pressupostos e à justificação das decisões do STF, porque serão o indicativo das escolhas hegemônicas. Nessa perspectiva, a manipulação pela mais alta Corte brasileira das pautas, sem qualquer apego a critérios técnicos, e das próprias competências, superando às vezes a estrutura de competências definida pela

Constituição são elementos que demonstram a condição de ator político do STF que, considerando a formação do campo político, tende a corroborar perspectivas narrativas de um grupo social em detrimento de outro, apegando-se aos vínculos históricos do bacharelismo formado no Brasil.

2. A PAUTA COMO MECANISMO POLÍTICO DO STF

Como ressaltam Lima e Gomes Neto (2018, p. 224), a autocontenção da atividade das Cortes Constitucionais foi dimensionada já no caso *Marbury x Madison* (1803), através do qual a Suprema Corte Americana reconheceu, no mérito, não poder interferir em assuntos afetos aos outros Poderes, reafirmando o respeito às decisões majoritárias e a separação de poderes. Mesmo no Brasil, na linha do que propõe Ferreira (2013), o Brasil passou por processos de autocontenção na corte Moreira Alves e mesmo, em certo sentido, na corte Gilmar Mendes, aproveitando aqui uma nomenclatura utilizada pelo autor. Contudo, não obstante esse processo de autocontenção identificado a partir do reconhecimento de que não se pode ignorar as decisões majoritárias e se deve respeitar a separação dos poderes, outros mecanismos viabilizam a transformação (ou mesmo distorção) do papel do STF no processo de consolidação do significado dos ditames constitucionais. Um deles é a definição da agenda, associada aos mecanismos de postergação e/ou antecipação de inclusão na pauta de julgamento do STF. Esse instrumento determina o nível de importância e urgência das questões a ser decididas e pode estar associado à percepção da Corte (sobretudo do seu Presidente) quando aos movimentos da sociedade e dos grupos de pressão que eventualmente interferem nas escolhas dos ministros.

Lima e Gomes Neto vão chamar esse processo de postergação de inclusão na pauta de autorrestrição “tácita”, mecanismo que os autores não reconhecem como necessariamente negativa, haja vista a possibilidade de que o adiamento seja utilizado para acalmar tensões sociais, superar momentos de comoção coletiva e viabilizar uma melhor apropriação e conformação do tema, a ponto de, no futuro, “pode haver uma aceitação generalizada do resultado ou uma redução considerável de custos políticos e/ou econômicos no decidir, pois o debate já estaria amadurecido na opinião pública ou nas searas legislativas” (LIMA e GOMES NETO, 2018, p. 240). Não obstante, destacam os mesmos autores, o silenciamento pode ser compreendido como estratégia para “impedir custos indesejados aos membros do tribunal” (p. 241), o que pode indicar “seletividade quanto ao julgamento dos conflitos, fomentando indagações quanto às situações que estariam associadas a maiores ou menores chances de resolução dos litígios constitucionais” (p. 240).

Ainda que os autores apontem certa dose de inadequação no procedimento da Corte e até indiquem um viés crítico, ainda apostam na justificativa

da adequação temporal da decisão, indicando uma perspectiva, sob vários sentidos, benéfica. Algo como uma suspensão intencional na busca do melhor momento de decidir para se produzir a melhor decisão. É preciso, contudo, ir além dessa perspectiva e perguntar-se a motivação específica da postergação.

O caso das ADCs 43, 44 e 54 podem ajudar a lançar luz a esta questão. Em 2016 o STF, numa modificação substancial de sua jurisprudência assentada, decidiu, numa ação de Habeas Corpus, pela viabilidade da prisão em segunda instância, entendendo que o disposto no artigo 5º, LVII, não determinava a obrigatoriedade de esgotamento das vias recursais para o início do cumprimento da pena. A referida decisão foi criticada por vários juristas e aplaudida por outros tantos e gerou um passivo importante para a Corte. A rigor, a decisão não tinha caráter *erga omnes*, mas foi prontamente acolhida por juízes em todo o país. Curiosamente, algum tempo antes da mencionada decisão no Habeas Corpus, o STF havia definido que o Sistema Carcerário Brasileiro devia ser considerado um estado de coisas inconstitucional (ADPF 347, decisão de 2015). Ou seja, ao mesmo tempo que entendia a Corte que o sistema de prisão no Brasil padecia de problemas substanciais que o tornava insustentável, também abria a possibilidade de inflar o mesmo sistema com o acréscimo de inúmeros presos ao sistema, antes do trânsito em julgado das sentenças penais condenatórias.

Ocorre que, relativamente à questão da prisão em segunda instância, foram ajuizadas três Ações Declaratórias de Constitucionalidade (de números 43, 44 e 54), todas com o objetivo de ver reconhecida a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal que, para além do texto da Constituição, definia que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

As três ADCs estariam aptas a destravar o problema criado pela decisão em sede de Habeas Corpus e pacificar a interpretação do tema. O relator das Ações, Ministro Marco Aurélio, vem seguidas vezes manifestando-se quanto à viabilidade de inserção na pauta, visto que, está “habilitado a relatar e votar desde o dia 4 de dezembro de 2017”. Não obstante, os processos foram objeto de seguidos adiamentos desde a primeira manifestação do relator quanto à viabilidade de colocação na pauta. Vale dizer que existe um sentimento compartilhado no campo jurídico de que é possível uma nova reviravolta na decisão do tema, haja vista manifestações na imprensa de Ministros que, tendo adotado o entendimento vitorioso em 2016, reconheceram a possibilidade de modicar sua visão a respeito do caso.

É impossível não relacionar a questão em comento com o momento político vivido no país, considerando que um dos principais beneficiados por uma decisão favorável nas ADCs seria o ex-presidente Lula, preso há quase dois anos em razão de decisões penais condenatórias havidas em segunda instância, no âmbito da Operação Lava-Jato. O nível de comoção social em torno do caso é fato notório, tanto para apoiadores do ex-presidente quanto para grupos contrários, mas não se pode admitir a comoção social como justificativa para a postergação do desenlace, qualquer que seja ele, haja vista obrigação jurisdicional de dizer o direito. Nas palavras de Assis:

Vislumbra-se, nas constantes idas e vindas do STF, uma atuação em alguma medida disfuncional da Corte, que culmina na mitigação da própria força normativa da CRFB. Ao agir assim, o Tribunal não exerce, em plenitude, as funções primárias de defesa da ordem constitucional objetivamente considerada (nomofilática) e de fornecer modelos de pautas de conduta adequadas, à luz da CRFB, para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a sociedade (paradigmática). (ASSIS, 2018, p. 148).

Nesses termos, o papel essencial de concretização da justiça e a realização de sua função social, fica obnubilada por mecanismos de escolha que decorrem ou da autoproteção dos ministros ou da sua vinculação a perspectivas políticas contrárias às possibilidades abertas com a revisão da admissibilidade da prisão em segunda instância.

3. A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

Ao mesmo tempo que o STF admite a postergação de decisões sobre casos emblemáticos, como foi visto no item anterior, ele também ensaia mecanismos de ampliação de sua competência, mesmo que, para tanto, extrapole os parâmetros de repartição de competência estabelecidos pela Constituição. O caso emblemático aqui é o da discussão sobre a ampliação dos efeitos das decisões havidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, ou seja, decisões que discutem a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos de forma incidental, não como objeto principal da lide, e que chegam ao STF pela via dos recursos extraordinários majoritariamente.

Durante o julgamento das ADI 3406 e 3470, que tinham por objeto a impugnação da constitucionalidade de uma lei do Estado do Rio de Janeiro por supostamente usurpar a competência da União para legislar sobre regras gerais de matérias dispostas no artigo 24 da Constituição Federal, o Ministro Gilmar Mendes levantou uma tese, que é por ele há muito tempo defendida, a respeito da necessidade de se fazer uma equalização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade declarada por meio do controle difuso com aqueles inerentes ao controle concentrado. Para que isso fosse possível, sustentou-se

uma necessária releitura no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que trata da competência privativa do Senado para editar uma Resolução visando suspender a execução de um ato normativo declarado inconstitucional pelo STF em decisão definitiva em sede de controle difuso. Embora rechaçada até então, por ocasião do julgamento das referidas ações o STF sucumbiu à tese, reconhecendo por maioria a mutação constitucional do dispositivo.

A redação do atual inciso X do artigo 52 da Constituição está presente nas constituições brasileiras desde a de 1934 e representa uma possibilidade de transcendência dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma decisão para além das partes envolvidas na lide. Essa atuação do Senado ocorre exclusivamente nos casos de aferição de constitucionalidade de leis em sede de controle incidental, que é aquele que, em regra, possui efeitos somente para as partes que se envolvem no processo em que é arguida a necessidade de apreciação da validade de uma lei sobre a qual a lide possui relação. Nesses casos, a inconstitucionalidade deve ser analisada na fundamentação da decisão do órgão apreciador do pedido, ou seja, constitui causa de pedir e não o pedido principal. Ademais, se for analisado por órgão colegiado, a matéria deve ser levada ao plenário do órgão jurisdicional, que somente pelo voto da maioria absoluta poderá afastar a aplicação da lei por inconstitucionalidade, por meio de um incidente cujo procedimento é previsto no Código de Processo Civil.

A atuação do Senado se dá por meio da edição de resolução, sem qualquer vinculação de obrigatoriedade em razão da decisão do STF. Ou seja, uma resolução para suspensão da lei declarada inconstitucional depende da decisão do STF, mas não está a ela vinculada, sendo expressão do exercício regular do Poder Legislativo, mediante processo legislativo próprio e decorrente de juízo de discricionariedade da Casa Legislativa, considerando-se a independência entre os poderes. Um exemplo bastante conhecido da atuação do Senado nesse sentido é a Resolução nº 5, que suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, com base na decisão incidental de inconstitucionalidade feita pelo Supremo no âmbito do julgamento do HC nº 97.256/RS. Aliás, no caso da mencionada resolução nº 5, considerando tratar-se de norma penal que apresenta condição mais benéfica ao réu, a retroatividade se impõe excepcionalmente, cumpridos, no caso concreto, os requisitos do artigo 44 do Código Penal, embora a regra seja a vigência pro futuro da norma editada pelo Senado.

Para o Ministro Gilmar Mendes, contudo, a releitura do dispositivo constitucional é necessária para evitar antinomias e fragmentação da unidade de compreensão da Constituição, de tal sorte que propõe que a atribuição do Senado, que até então era constitutiva, deva ser considerada meramente declaratória, pois se limitaria a dar maior publicidade às decisões do STF, tendo

em vista que a decisão do STF já seria bastante em si para gerar efeitos para todos e *ex tunc*. Ou seja, seria uma equiparação/equalização dos efeitos entre essas duas modalidades de controle de constitucionalidade pelo Judiciário no Brasil, sempre que o órgão julgador for o Supremo Tribunal Federal, razão pela qual, essa tese ganha a denominação de abstrativização do controle difuso pela doutrina. O Ministro Luiz Fux, adepto à tese de Gilmar, fundamentou seu voto com base no tratamento conferido pelo Código de Processo Civil no tocante à possibilidade de ação rescisória em virtude de leis declaradas inconstitucionais, eis que o artigo 535 parágrafo 5º do NCPC dispõe pela inexigibilidade de título fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, sem fazer distinção entre a decisão declaratória proferida pelo Supremo, seja em controle concentrado, seja em controle difuso.

O que merece ser destacado aqui, é que, ao fazer essa interpretação ablativa desse dispositivo, o STF amplia sua competência em contraponto à restrição da competência do prevista na Constituição ao Senado, de modo que é uma decisão que não diz respeito apenas a questões relativas ao controle de constitucionalidade, mas também, infere no campo de redesenhar a própria ideia de Poder Constituinte, levando em consideração que o STF, que é um poder constituído, passa por cima das palavras do constituinte originário. Além disso, propaga-se um desequilíbrio entre os Poderes, tendo em vista que o Supremo ultrapassa os limites semânticos do texto da Constituição, de modo que viola o espírito da Constituição, porque suprime uma regra que concretiza o preceito da Separação e harmonia entre os Poderes, cláusula pétrea por excelência, que não pode ser suprimida ou minimizada sequer pelo Poder Constituinte Derivado, via emenda constitucional.

Essa possibilidade já havia sido anteriormente discutida no âmbito do plenário do STF por meio do julgamento da Reclamação 4335-5, mas que à época, não foi difundida entre os ministros, haja vista a alteração na composição da corte. Na ocasião, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau abraçaram a tese da mutação constitucional no artigo 52, X, da Constituição para que fosse feita a abstrativização do controle difuso. No voto do ex-ministro Eros Grau é possível vislumbrar que ele mesmo admite que naquela ocasião a reinterpretação defendida por ele e por Gilmar Mendes significaria que haveria uma modificação do significado do texto para substituir uma competência constitutiva por uma competência declaratória, com vistas a simplesmente publicar a decisão do STF.

Aqui, passamos em verdade de um texto: compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a outro texto: compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal

Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo. (GRAU, 2015, p.3)

A mutação constitucional, como sabido, implica na alteração do sentido de um texto contido na Constituição em virtude de uma incongruência do sentido atribuível ao texto e a realidade social, o que faz surgir uma nova norma, tudo isso, sem perder de vista a elasticidade das palavras do texto. Destarte, o limite desse fenômeno consiste no jogo de palavras utilizado pelo constituinte no momento da elaboração do texto, de tal sorte que o intérprete ao ultrapassar esses limites, como muito bem apontou Eros Grau, significa trocar um texto por outro, e é exatamente o que foi feito na ocasião das ADIs 3406 e 3470, mas agora, com número de votos suficientes para que o Supremo pudesse fazer as vezes de um Poder Constituição Derivado.

Streck, Lima e Oliveira, com razão, apontam que, para além de se transformar um texto noutro, conglobar essas duas espécies de controle de constitucionalidade, afeta diretamente o regime de proteção dos direitos fundamentais:

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais. (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2008, p.50-51)

De se notar que a perspectiva trazida pelo precedente distorce o papel do STF e compromete a função social da justiça, visto que compromete a segurança jurídica ao argumento de protege-la e distorce a repartição de competências estabelecida constitucionalmente.

É possível compreender essa mudança de perspectiva do STF como representativa da ampliação do papel que a Corte consolidou nas últimas décadas. Num primeiro momento, sua atuação mais robusta foi vista como positiva porque garantiu eventualmente a realização de ditames constitucionais importantes, ligados à reafirmação de discursos identitários, como no caso das cotas raciais e da união estável homoafetiva. Contudo, a ausência de

critérios para as escolhas do STF somada à ampliação do seu poder de redefinição do significado do texto constitucional, inclusive para superar os limites constitucionalmente estabelecidos de sua competência, acaba por escancarar a força política do STF, mal disfarçada de atuação técnica, colocando em risco as garantias constitucionais, sujeitas aos rompantes da corte e de sua constituição, dependente que é, tanto do capital social dos indivíduos que a ela chegam quanto dos interesses dos poderes que chancelam os nomes de quem a compõe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tentou identificar movimentos de atuação do STF como agente de decisões políticas no contexto contemporâneo Brasileiro. Para tanto, utilizou-se como paradigma de análise as categorias teóricas da Democracia Radical, que defendem a necessidade de reconhecimento das escolhas de poder como expressão de hegemonias consolidadas. Nessa ótica, arguiu-se que o processo de formação do campo jurídico brasileiro, bem como do Poder Judiciário como um todo e do STF, especificamente, reafirmam mecanismo de manutenção de privilégios e conduzem à realização do papel das referidas instituições como expressão das escolhas representativas do mundo vivido dos membros delas.

A partir desse reconhecimento, asseverou-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, vem indicando com mais precisão a perspectiva de seu caráter político, comprometido com visões de mundo específicas, não necessariamente compatíveis com as projeções de concretização do papel do Poder Judiciário previsto na Constituição Federal. Contribui para esse processo a autoridade final do STF na designação do sentido da Constituição, como seu guardião.

Nessa ordem de ideias, a postergação em decidir articulada pelo STF em determinados casos, modificando a pauta de julgamento da Corte presta-se a estabelecer um mecanismo de seletividade sobre os assuntos (e pessoas) sujeitas à palavra final do Tribunal, servindo como legitimador das escolhas políticas, travestidas de técnicas, havidas pela Corte. Ao mesmo tempo, a recente guinada do Pleno para a reafirmação de uma mudança de sentido do art. 52, X, da CF, no que se refere aos efeitos das decisões em controle difuso, através da qual esvaziou-se o papel do Senado em benefício do STF, ampliou o poder do Tribunal de reconstruir o sentido da Constituição, garantindo efeito erga omnes mesmo quando não haja propositura de ação de controle abstrato.

Esses instrumentos, ao contrário do que se possa deduzir dos argumentos dos membros da corte, não ampliam a segurança jurídica, nem a con-

cretização dos direitos e garantias fundamentais. Ao contrário, ampliam o poder do STF escolher o que significa o conceito de “segurança jurídica” e de “direitos e garantias fundamentais”, causando uma disrupção no sentido de função social da justiça.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Frederico de. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. Tese (doutorado em ciências políticas). USP. São Paulo, 2010.
- ANDERSEN, Niels A. *Discourse analytical strategies: understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*. Bristol: Policy Press, 2003.
- ARGHUELHES, Diego Werneck. *Pode não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. Revista Universitas JUS, v. 25, n. 1, 2014, p. 25-45, Disponível em: <https://www3.ufpe.br/moinhojuridico/images/socjur/arguelhes_stf_poder.pdf>, Acesso em 30/09/2019, 11:19:00.
- ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência Entre a autovinculação e a revogação de precedentes*. RIL Brasília, a. 55, n. 217, jan./mar. 2018 p. 135-156, Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p135.pdf>, Acesso em: 30/09/2019, 14:53:00.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 1989.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>, Acesso em: 30/09/2019, 14:56:00.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em: 30/09/2019, 11:08:00.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. Brasília, Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2018/09/49b47a6cf9185359256c22766d5076eb.pdf>>, Acesso em: 30/09/2019, 11:04:00.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GIACAGLIA, Mirta A. *Política e subjetividade no pensamento de Ernesto Laclau*. In: RODRIGUES, L. P.; MENDONÇA, D. (Org.). *Ernesto Laclau e Niklas Luhmann: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais*. Porto Alegre: EDICPUCRS, 2006. p. 102.

HOWARTH, David. *Discourse*. Buckingham: Open University Press, 2000.

LACLAU, E.; MOUFFE, C. *Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics*. 2. ed. London: Verso, 2001.

LACLAU, Ernesto. *Emancipation(s)*. London: Verso, 1996.

LIMA, F. D. S.; GOMES NETO, J. M. W. *Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55990.

MACHADO, Igor Suzano. *Hegemonia e jurisdição: novas figuras de linguagem para o romance em cadeia do direito*. [RECURSO ELETRÔNICO]. Curitiba: Appris, 2016.

MARCHART, Oliver. *Post-foundational political thought: political difference in Nancy, Lefort, Badiou and Laclau*. Edinburgh: Edinburg University Press, 2007.

MÁRQUES, Fernanda Telles. *Construção e(m) ruínas: notas estrangeiras sobre o ensino jurídico brasileiro*. In: DEL NEGRI, André (org.). *Direito e ensino jurídico em desordem*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 175-200.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na "Sociedade Órfã"*. Trad. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. Novos Estudos n° 58, São Paulo, Cebrap, novembro de 2000, pp. 190-192, Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Martonio_Barreto_Lima/publication/n/309113051_Judiciario_como_Superego_da_Sociedade_Traducao_do_alem_ao_por_Martonio_M_B_Lima_e_Paulo_A_de_M_Albuquerque/links/57ffa2bc08aec3e477ea980c/Judiciario-como-Superego-da-Sociedade-Traducao-do-alemao-por-Martonio-M-B-Lima-e-Paulo-A-de-M-Albuquerque.pdf>, Acesso em: 30/09/2019, 11:20:00.

MOUFFE, Chantal. *Democracy, power and the "Political"*. In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 245-256.

NORVAL, Aletta J. *Aversive democracy: inheritance and originality in the democratic tradition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SALLES, Paula Martins. *Identidades, direitos e judicialização da política no Brasil pós-88*. Tese (doutorado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

STF. ADC nº 43. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>, Acesso em: 30/09/2019, 15:00:00.

STF. ADC nº 44. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>, Acesso em: 30/09/2019, 15:00:00.

STF. ADC nº 54. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>>, Acesso em: 30/09/2019, 15:00:00.

STF. ADI nº 3.406. Disponível em: <
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2272225>>, Acesso em: 30/09/2019, 15:00:00.

STF. ADI nº 3.470. Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2287108>>, Acesso em: 30/09/2019, 15:00:00.

STF. Reclamação nº 4435. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2385742>>, Acesso em: 30/09/2019, 15:00:00.

STRECK, L. L.; LIMA, M. M. B; OLIVEIRA, M. A. C. *A Nova Perspectiva Do Supremo Tribunal Federal Sobre O Controle Difuso: Mutação Constitucional E Limites Da Legitimidade Da Jurisdição Constitucional*. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 45-68, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em:
<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>, Acesso em: 30/09/2019, 15:15:00.

TORFING, Jacob. *New theories of discourse: Laclau, Mouffe and Žižek*. Oxford: Blacwell, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ACESSO AO SISTEMA COMISSIONAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E OS VIESES DA PARTICIPAÇÃO

Ciro Antônio da Silva Resende

Universidade Federal de Minas Gerais, Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Belo Horizonte, Brasil
ciro.sr@hotmail.com

Paula Vivacqua de Souza Galvão Boarin

Universidade Federal de Minas Gerais, Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Belo Horizonte, Brasil
paulaboarin@hotmail.com

RESUMO

O enfoque deste trabalho está no acesso de representantes de interesses organizados na Câmara dos Deputados, indagando-se quão acessível foi, nas 53^a e 54^a legislaturas, o seu sistema de comissões permanentes, apontado pela literatura como um importante espaço para as atividades de influência. O período selecionado para análise corresponde ao intervalo da sessão legislativa iniciada em 2007 até a sessão legislativa que se encerrou em 2015. São mobilizados dados de audiências públicas que advêm da pesquisa “Dinheiro e política: a influência do poder econômico no Congresso Nacional”, desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Os resultados apresentados trazem uma importante indicação: enquanto 100 atores responderam por 42,7% das participações nas audiências públicas das comissões permanentes da Câmara dos Deputados, entre 2007 e 2015, 3.575 outros atores foram responsáveis por 53,7% das participações. É evidente que um pequeno número de atores concentra grande parte das participações nesses eventos do sistema comissional, indicando a existência de vieses no acesso a essa arena. De modo a se caracterizar melhor os referidos vieses, o trabalho elenca algumas possibilidades de indicadores desse fenômeno.

Palavras-chave: Interesses organizados; Comissões Permanentes; Vieses da participação.

INTRODUÇÃO

Já nos anos 1970, com a reestruturação da sociedade civil, e, posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema de intermediação de interesses, que desde a década de 1930 se pautava pelo mo-

delo corporativista, passou a pluralizar-se. Nesse contexto, grupos de interesse se voltaram ao Congresso Nacional, sobretudo à Câmara dos Deputados, buscando influenciar os resultados políticos advindos dos processos decisórios (MANCUSO, 2007; SANTOS, 2011).

Objetivando demonstrar a ampliação da arena legislativa como canal de vocalização dos interesses organizados após o arranjo legal instaurado em 1988, Santos (2014) apresenta a evolução do cadastro da Primeira Secretaria da Câmara dos Deputados. Não sendo o cadastro obrigatório, não é possível afirmar que ele represente precisamente o número de grupos de interesse que atuam na Casa. Contudo, a frequência bianual do recadastramento permite a observação da evolução da série histórica, de modo que, enquanto o biênio 1983-1984 registra o cadastro de 47 grupos, o biênio 2011-2012 conta com 179 grupos.

Assim, as comissões permanentes se conformaram como um importante espaço para as atividades de influência, destacando-se as audiências públicas como arenas oportunas à vocalização de preferências (MANIN et al, 2006). Entretanto, diferentes grupos contam com diferentes recursos para influenciar políticas, sendo tal desigualdade iniciada já no acesso às arenas deliberativas e decisórias (PRZEWORSKI, 2011).

Diante disso, este artigo objetiva analisar o acesso de representantes de interesses organizados na Câmara dos Deputados, indagando-se quão acessível foi, nas 53^a e 54^a legislaturas. O período selecionado para análise corresponde ao intervalo da sessão legislativa iniciada em 2007 até a sessão legislativa que se encerrou em 2015. Os dados mobilizados se referem às audiências públicas e advêm da pesquisa “Dinheiro e política: a influência do poder econômico no Congresso Nacional”, desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

Os resultados apresentados trazem uma importante indicação: enquanto 100 atores responderam por 42,7% das participações nas audiências públicas das comissões permanentes da Câmara dos Deputados, 3.575 outros atores foram responsáveis por 53,7% das participações. É, portanto, evidente que um pequeno número de atores concentra grande parte das participações nesses eventos do sistema comissional, indicando a existência de vieses no acesso a essa arena. De modo a se caracterizar melhor os referidos vieses, o trabalho elenca algumas possibilidades de indicadores desse fenômeno, sendo eles: Índice de Gini; número de participações; número de organizações e; percentual de participações das organizações mais participativas.

Tendo isso vista, o artigo, para além deste texto introdutório, traz algumas contribuições da literatura que permitem apontar as audiências públicas como espaço de influência, partindo da perspectiva de que, enquanto arenas institucionais, estas constroem acesso, estratégias de atuação e pre-

ferências dos grupos de interesse. Em seguida, são apresentados e analisados os indicadores e as considerações finais. Pretende-se, desse modo, lançar luz sobre a relevância institucional das audiências públicas das comissões permanentes da Câmara dos Deputados e, por ser relevante, a necessidade de se atentar às disparidades em suas participações.

1. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS ENQUANTO ESPAÇO DE INFLUÊNCIA

O modelo corporativista de intermediação de interesses, inaugurado nos anos 1930, com Getúlio Vargas, e predominante até a década 1970, passou a pluralizar-se com a reestruturação da sociedade civil organizada e, especialmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A transição se deu tanto no plano do desenho institucional, como via reforma do Estado, pautando-se pelas reformas orientadas para o mercado, já nos anos 1990, e pelo aprofundamento das instituições democráticas. O sistema de representação de interesses passou a se interconectar com o sistema de representação política, levando à emergência de um híbrido, no qual antigos interesses organizados sob o modelo corporativo e os novos grupos passaram a assumir formatos mais pluralistas (DINIZ & BOSCHI, 2004).

A influência dos cidadãos sobre o governo está no cerne dos sistemas políticos democráticos, podendo seu exercício se dar a partir de qualquer forma de atividade política, entre as quais se destaca o voto. Isso ocorre porque, uma vez que as decisões governamentais afetam o bem-estar dos indivíduos e dos grupos, é natural que os mesmos busquem influenciá-las (PRZEWORSKI, 2011).

Nesse contexto, a partir de 1988 o Congresso Nacional ocupou papel de destaque, fazendo com que grupos de pressão se dirigissem à arena legislativa para representar seus interesses. Com isso, os interesses organizados passaram a “operar dentro de um marco mais competitivo e voltado a um espectro mais diversificado de arenas, entre as quais o Legislativo assume um papel de destaque” (DINIZ & BOSCHI, 2004, p. 59). Tal redirecionamento fez das comissões temáticas da Câmara dos Deputados o *loci* preferencial da ação dos grupos, que buscam influenciar, sobretudo, a construção do parecer a partir do estabelecimento de relações com o presidente e o relator em um processo que parte da definição da relatoria e é finalizado com o estabelecimento do posicionamento da comissão (ALMEIDA, 2015; DINIZ & BOSCHI, 2004; MANCUSO, 2007; SANTOS, 2011; TAGLIALEGNA & CARVALHO, 2006; THOMAS & GOZETTO, 2014).

Tendo isso em vista, eventos como as audiências públicas representam uma oportunidade aos grupos interessados, constituindo-se em importante instrumento de controle frente a um contexto de limitações da eleição

enquanto mecanismo de representação (MANIN et al, 2006). De acordo com Mancuso (2007, p. 93), esses eventos, “convocados para proporcionar aos representantes do setor a oportunidade de ficar face a face com os tomadores de decisão, debater a proposição legislativa em análise e manifestar, diante deles, as suas demandas” são acionados pelos interesses organizados na arena parlamentar. Além disso, tal qual destacam Almeida e Santos (2005, p. 699), que se voltam para o ganho informacional da audiência pública para os parlamentares, esta se trata do “mecanismo regimental mais diretamente voltado para a coleta de informação (alternativa à do governo) sobre as consequências de políticas públicas”.

Essa perspectiva está fundamentada na defesa de que o desenvolvimento democrático é tributário ao aperfeiçoamento dos mecanismos de representação política, permitindo sua sobrevivência durante hiatos eleitorais e somando aos “outras formas institucionalizadas de participação política que facultem aos cidadãos condições de inserir na agenda política alternativas que correspondam à expressão de suas preferências e garantindo, ao mesmo tempo, maior controle público no exercício do poder” (ANASTASIA, 1999, p. 34).

A Constituição Federal de 1988, em seu inciso II do parágrafo 2º do Art. 58, dispõe sobre as competências das comissões do Congresso Nacional e, nesse sentido, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, em seu Capítulo III, artigos 255 e 256, possibilita às comissões, via proposta de qualquer membro ou solicitação de entidade, a promoção de audiências públicas com a finalidade não só de instrução da matéria em trâmite, mas de discutir questões de interesse público. Uma vez aprovada sua realização, os participantes a serem ouvidos são selecionados pela comissão, sendo o convite expedido por seu presidente.

Entretanto, tal qual destaca Przeworski (2011), ainda que seja da essência da democracia que cidadãos exerçam livremente seu direito de influenciar o governo, em sociedades de mercado os recursos com os quais contam os participantes para influenciar as políticas são desiguais. A igualdade de direitos de participação, portanto, não é suficiente para assegurar a igualdade de influência política em sociedades marcadas pela desigualdade econômica. Nesse sentido, ao arregimentar práticas pluralistas de influência, os grupos de interesse, agora voltados para a atuação na arena legislativa, devem considerar que “a representação sistemática de interesses tem custos elevados e exige a mobilização de recursos por parte dos grupos de pressão” (SANTOS, 2014, p. 18), recursos esse que, de acordo com Almond et al (2008), variam em estrutura, organização, financiamento e base de apoio.

A desigualdade de recursos é refletida nas audiências públicas das comissões permanentes da Câmara dos Deputados, para as quais 100 atores

responderam por 42,7% das participações entre 2007 e 2015. 3.575 outros atores foram responsáveis por 53,7% das participações. É evidente, portanto, que um pequeno número de atores concentra grande parte das participações nesses eventos do sistema comissional, indicando a existência de vieses no acesso a essa arena.

Deve-se salientar que a perspectiva aqui assumida não considera acesso como sinônimo de influência. Antes, argumenta-se que organizações/instituições com acesso privilegiado ao processo decisório ampliam suas oportunidades de influenciar as decisões na direção de seus interesses. Essa discussão remete, novamente, aos apontamentos de Przeworski (2011), que indicam que a igualdade de direitos de participação não é suficiente para assegurar a igualdade de influência política em sociedades marcadas pela desigualdade econômica. O resultado esperado é, portanto, que, mesmo em condições mais próximas de ampla liberdade de participação política, a influência de grupos mais fortes, organizados e com mais recursos seja maior, sendo fundamental lançar luz sobre fatores institucionais associados a isso.

O Novo Institucionalismo surge entre os anos de 1980 e 1990, especialmente a partir das críticas ao Comportamentalismo, abordagem muito influente nas duas décadas anteriores. Enquanto, para os novos institucionalistas, o comportamento observável se dá no contexto institucional, para os comportamentalistas as verdadeiras preferências do ator são reconhecidas com base em seu comportamento, não havendo, assim, distinção entre preferências expressas e reais (IMMERGUT, 2007).

Embora os novos institucionalistas não proponham uma ampla definição para o termo *instituição*, Théret (2003, p. 225) pontua que a abordagem se distingue de outros paradigmas intelectuais por estar centrada nas mediações entre as estruturas sociais e os comportamentos individuais, mediações essas que, de acordo com o autor, “são precisamente as instituições”. Para Thomas (2004, p. 65, tradução nossa), instituições podem ser definidas como “estruturas organizacionais, procedimentos convencionais, regras legais-administrativas, incentivos organizacionais e estruturas institucionais informais, tais como papéis e normas, que persistem ao longo do tempo”¹.

As estruturas institucionais operam como as variáveis independentes que explicam a relação entre intermediação de interesses e impacto político. Desse modo, observa-se que tanto as preferências quanto os resultados políticos são constrangidos por regras e normas institucionais. Arranjos institucionais, desse modo, estruturam as relações entre os grupos envolvidos nos

¹ “Organizational structures, conventional procedures, legal-administrative rules, organizational incentives, and informal institutional structures such as roles and norms, all of which persist over time”.

conflitos oriundos dos processos decisórios, estando sua capacidade de influência não apenas calcada em suas posições sociais (IMMERGUT, 1992).

Com base no reconhecimento da legitimidade de determinadas demandas e da disponibilização de espaço institucionalizado para que os atores possam expressá-las, as instituições podem encorajar ou desencorajar a mobilização de interesses. Assim, o espaço de influência é determinado a partir da estrutura das oportunidades políticas, que, por sua vez, irá moldar as estratégias dos grupos de interesse e suas perspectivas em relação à eficácia de diferentes tipos de ação. Desse modo, reconhecer que as instituições podem apresentar *desvios*, não sendo, portanto, arenas *imparciais*, é ponderar sobre suas implicações para os resultados políticos produzidos (IMMERGUT, 1992; 2007).

Os atores econômicos, sociais e políticos não maximizam simplesmente seus interesses próprios com base em certas limitações. Em lugar disso, esses atores são tidos como aqueles que buscam garantir suas apostas em um mundo incerto, fazendo estratégias de como melhor proceder, sem saber exatamente qual será a evolução da economia, ao mesmo tempo que são capazes de tentar moldar o contexto em que atuam para melhorar suas chances futuras e, de fato, constituir suas identidades e interesses, bem como o contexto para suas ações futuras, de acordo com as suas escolhas (IMMERGUT, 2007, p. 183).

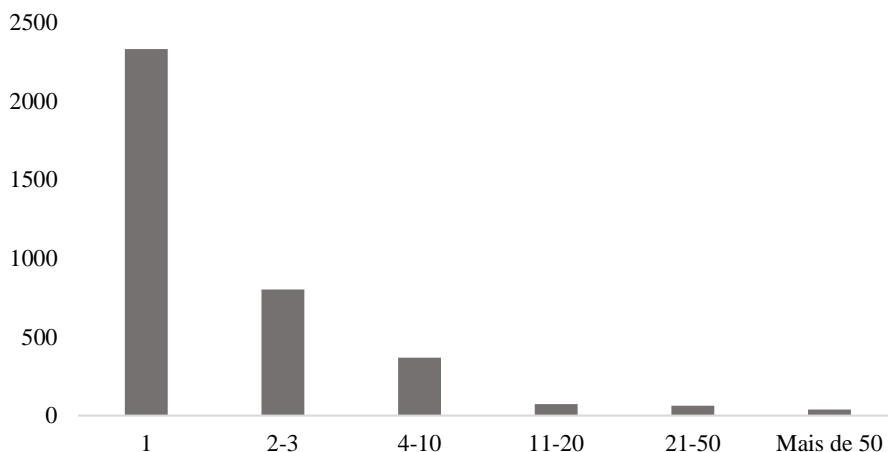
Nesse sentido, há razões para se acreditar que a participação em audiências públicas é seletiva. Os participantes são de muitos tipos: grupos de interesse econômicos, especialistas e pesquisadores do tema, autoridades públicas, servidores representando órgãos públicos, sindicatos de trabalhadores e empresários, parlamentares, empresas, organismos internacionais, entre outros. Assim, mesmo diante das limitações inerentes ao mecanismo de audiência pública, colocar ou não o tema em evidência e selecionar atores que terão a oportunidade de defender seus interesses em situação privilegiada é objeto de intensa disputa. Nessa direção, é preciso asseverar que nem todos os grupos cujos interesses encontram-se em pauta no Legislativo terão a oportunidade de acessar essa arena e ali defender suas demandas.

2. ACESSO E CONCENTRAÇÃO

Diante dos aspectos levantados na seção anterior, passa-se ao debate concernente ao acesso às comissões permanentes da Câmara dos Deputados, apresentando, ainda, alguns indicadores para se refletir sobre os vieses da participação. Tal qual já apresentado, algumas organizações concentram grande parte das participações, o que fica mais claro se observado o Gráfico 1, que traz a distribuição das frequências de participações nas audiências pú-

blicas, não tendo sido incluídas aquelas para as quais não há o registro da organização/instituição representada.

Gráfico 1 – Frequência das participações em audiências públicas



Fonte: Câmara dos Deputados (dados fornecidos via Lei de Acesso à Informação, relatórios anuais de atividades e documentos disponíveis no portal da Casa).

Elaboração própria.

Como pode ser visualizado, entre as 3.675 organizações/instituições que tiveram presenças registradas nas audiências públicas, 2.331 passaram por esses eventos das comissões permanentes em uma única oportunidade. Outros 565 atores participaram duas vezes e 236, três vezes. Isso significa que 3.132 organizações/instituições, o que corresponde a 85,2% do total, registraram três ou menos participações nas audiências públicas. A análise das demais faixas de participação indica que 368 organizações/instituições contabilizaram entre quatro e dez participações; 73 entre onze e vinte participações; 63 entre vinte e uma e cinquenta participações; e apenas 39 mais de cinquenta participações. Assim, se predominam atores com reduzido número de participações, há, por outro lado, instituições com mais de 200 participações, casos do Ministério da Saúde e do Ministério da Justiça.

A partir desses resultados, nota-se uma concentração de participação nas audiências públicas das comissões permanentes da Câmara dos Deputa-

dos. Dessa forma, sugere-se a existência de vieses no acesso a essas comissões, que se caracterizam por uma preponderância, entre os participantes das audiências públicas, de poucos atores com expressivos números de presença nos eventos. De modo a se caracterizar melhor os referidos vieses, apresenta-se a Tabela 1, que elenca algumas possibilidades de indicadores desse fenômeno.

Tabela 1 – Indicadores do viés no acesso às audiências públicas

Comissão permanente	Índice de Gini ²	Nº de participações ³	Nº de organizações	Percentual de participações das mais participativas ⁴
Geral	0,648867	13.725	3.675	19,6
Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural – CAPADR	0,5411507	1405	546	39,8
Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJC	0,3298061	293	169	35,1
Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática – CCTI	0,5113269	834	309	37,6
Comissão de Defesa do Consumidor – CDC	0,4600543	673	313	37,3
Comissão de Desenvolvimento Econômico	0,4374185	821	409	32,3

² Para o cálculo do Gini, não foi incluída a frequência de participações para as quais não há o registro da organização/instituição representada. O cálculo foi realizado pelo *software R*, com o uso do *Ineq package*.

³ Esses números consideram as participações em audiências públicas realizadas no âmbito da comissão e nos eventos conjuntos, isto é, com outras comissões.

⁴ São consideradas as 20 organizações/instituições com os maiores números de participações nas audiências públicas.

co, Indústria, Comércio e Serviços – CDEICS				
Comissão de Direitos Humanos e Minorias – CDHM	0,4571133	1.319	554	26,1
Comissão de Desenvolvimento Urbano – CDU	0,381571	336	190	40,5
Comissão de Educação – CE	0,4996759	986	413	30
Comissão de Fiscalização Financeira e Controle – CFFC	0,4442604	608	280	35
Comissão de Finanças e Tributação – CFT	0,4328956	617	305	34,8
Comissão de Integração Nacional, Desenvolvimento Regional e da Amazônia – CINDRA	0,4784208	960	413	29,3
Comissão de Legislação Participativa – CLP	0,330578	606	354	25,6
Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – CMADS	0,5257374	1.048	416	39,1
Comissão de Minas e Energia – CME	0,5103004	418	174	50,7
Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional – CREDN	0,488119	516	220	44,8
Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado – CSPCO	0,4717328	647	266	36

Comissão de Seguridade Social e Família CSSF	0,5235663	1.145	466	39,1
Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público – CTASP	0,4980207	1.341	582	32,5
Comissão de Turismo – CTUR	0,4631909	521	229	39,7
Comissão de Viações e Transportes – CVT	0,4397813	560	266	36,2

Fonte: Câmara dos Deputados (dados fornecidos via Lei de Acesso à Informação, relatórios anuais de atividades e documentos disponíveis no portal da Casa).

Elaboração própria.

Em primeiro lugar, pode-se mobilizar o percentual de participações dos atores mais atuantes. Como já destacado, 100 organizações/instituições concentraram 42,7% das participações em audiências públicas das comissões permanentes, entre 2007 e 2015. De modo a comparar o conjunto de eventos com aqueles realizados em cada comissão, a Tabela 1 registra o percentual de participação das 20 organizações mais atuantes: 19,6%. A análise desse indicador em cada uma das arenas do sistema comissional apresenta, em grande medida, percentuais expressivos, mas também considerável variação. Nesse sentido, na CME, as 20 organizações/instituições mais atuantes registraram 50,7% das participações ocorridas nas audiências públicas. Na CREDN, esse indicador é igual a 44,8%; na CDU, é 40,5%. Essas arenas apresentam, portanto, um “núcleo duro” de participantes em suas audiências públicas, os quais registraram praticamente a metade de todas as participações contabilizadas no período. Ademais, essas comissões, juntamente com a CCJC, foram aquelas que contaram com a participação do menor número de organizações/instituições distintas: 174, na CME; 190, na CDU; e 220, na CREDN. Na CCJC, apesar de os 20 atores mais presentes concentrarem um menor percentual das participações (35,1%), foram apenas 169 organizações/instituições diferentes atuantes na comissão.

Por outro lado, em algumas comissões, as 20 organizações/instituições mais atuantes somaram um percentual consideravelmente inferior de participações, casos da CLP (25,6%) e da CDHM (26,1%). Chama a atenção que é justamente nas comissões que têm sob suas jurisdições a par-

ticipação no processo legislativo e questões relativas a direitos humanos e minorias que os conjuntos de atores mais presentes concentraram os menores percentuais de participações. Nessa direção, a CDHM foi a comissão que registrou o maior número de diferentes organizações/instituições presentes nas audiências públicas, qual seja, 554.

Na CLP, considerando que foram 606 as participações nos eventos do período, pode-se considerar como expressivo o registro de 354 atores distintos. Como destacam Thomas e Gozetto (2014), a representação de interesses no Brasil tem abarcado uma ampla gama de grupos, muitos dos quais representam interesses que, até a redemocratização, não contavam com espaço de vocalização de suas preferências. É factível considerar que comissões como a CDHM e a CLP, criadas em 1995⁵ e 2001, respectivamente, estejam funcionando como arenas viabilizadoras da inserção desses novos atores, o que requer, entretanto, análises mais aprofundadas.

A Tabela 1 traz, ainda, o Índice de Gini⁶ das participações nas audiências públicas, o qual foi calculado visando apresentar a concentração de participações em determinados grupos, ou seja, a desigualdade no acesso às comissões permanentes. O Índice varia de 0 a 1, sendo que 0 indica uma situação de igualdade, enquanto 1 representa a concentração extrema. O raciocínio aqui aplicado é o seguinte: se todas as organizações/instituições registrassem o mesmo número de participações, o valor resultante seria 0. Dessa forma, o cálculo do Índice também mostra que a distribuição das participações no conjunto de audiências públicas das comissões permanentes é altamente concentrada, apresentando o valor de 0,64. Trata-se, portanto, de um espaço desigual em termos de participação.

A análise do Gini para cada uma das comissões permanentes indica, de modo geral, a existência de elevadas concentrações nas participações, embora os números sugiram ambientes distintos. A CAPADR é a comissão na qual o Índice Gini apresenta o maior valor, qual seja, 0,54. As outras comissões com valores acima de 0,5 são: CMADS (0,52), CSSF (0,52), CCTCI (0,51) e CME (0,51). Essas arenas são as mais desiguais em termos de participações, o que, aqui, é assumido como uma indicação de um maior viés no

⁵ Em 1995, é criada a Comissão de Direitos Humanos, que passa a ser denominada, em 2004, Comissão de Direitos Humanos e Minorias.

⁶ Criado pelo matemático italiano Conrado Gini, consiste em uma medida estatística de desigualdade. É, geralmente, utilizado “para medir o grau de concentração de renda em determinado grupo. Ele aponta a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos” (IPEA, 2004). Há, entretanto, aplicações do Índice para outras distribuições, como a de doações eleitorais (ABRAMO, 2014) e a de financiamentos de programas específicos (SOUZA et al, 2011).

acesso às suas audiências públicas. Há, por outro lado, comissões nas quais o Índice Gini apresenta valores menores, indicando, assim, uma menor concentração das participações, casos de CCJC (0,32) e CLP (0,33).

Diante desses números, fica claro que, apesar de um cenário geral caracterizado por concentração nas participações e desigualdade no acesso, as comissões permanentes apresentam ambientes distintos, o que pode ser visto por meio do percentual de participação dos 20 atores mais presentes, bem como pelo Índice Gini. Indagar os fatores associados a esses vieses no acesso às comissões permanentes coloca-se como uma questão central para pesquisas futuras.

CONCLUSÃO

Este artigo analisou em que medida as audiências públicas promovidas por comissões permanentes da Câmara dos Deputados foram acessíveis aos representantes de interesses organizados nas 53^a e 54^a legislaturas, isto é, entre 2007 e 2015. Os dados utilizados advêm da pesquisa “Dinheiro e política: a influência do poder econômico no Congresso Nacional”, desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Essa é uma discussão relevante porque grupos cujos interesses estão presentes na agenda de uma comissão, e que não conseguem a oportunidade de acessar essa arena decisória, veem-se prejudicados em sua capacidade de influenciar as decisões políticas.

Destaca-se que 100 atores responderam por 42,7% das participações nas audiências públicas, ao passo que outros 3.575 atores foram responsáveis por 53,7% das participações. Desse modo, observa-se que um limitado número de grupos concentra grande parte das participações, o que, por sua vez, leva à consideração da existência de vieses no acesso. Com a finalidade de caracterizar esses vieses, elencou-se algumas possibilidades de indicadores desse fenômeno, sendo eles: Índice de Gini; número de participações; número de organizações e; percentual de participações das organizações mais participativas.

Os resultados permitiram verificar que as 20 organizações mais atuantes estiveram em 19,6% das audiências públicas realizadas no período analisado, constatando-se, contudo, significativa variação entre as comissões permanentes. Na CME, essas organizações registraram 50,7% das participações, ao passo que na CREDN e na CDU esse percentual foi de 44,8% e 40,5%, respectivamente. Ao lado da CCJC, essas arenas foram aquelas a contar com a participação de menor número de atores. Isso significa dizer que tais comissões são tidas como estratégicas, em termos de seu acesso, a grupos que buscam influenciar o processo decisório via audiências públicas. Por sua

vez, CLP e CDHM, comissões que preconizam participação no processo legislativo e temáticas de direitos humanos, apresentaram os menores percentuais no que se refere à presença desses 20 atores, registrando, respectivamente, 25,6% e 26,1%.

Quanto ao Índice de Gini das participações nas audiências públicas, que visou calcular a concentração de participações em determinados grupos, observou-se que a distribuição das participações no conjunto de audiências públicas das comissões permanentes é altamente concentrada, destacando-se a CAPADR, CMADS, a CSSF, a CCTCI e a CME. Essas arenas são, desse modo, as mais desiguais em termos de participações, enquanto CCJC e CLP representam as menores concentrações.

Tendo isso em vista, este artigo permite constatar a existência de seletividade quanto à participação em audiências públicas, o que implica a redução da diversidade de atores inseridos no processo decisório. No entanto, outro resultado relevante refere-se à existência de distintos ambientes nas comissões permanentes da Câmara dos Deputados quanto ao acesso a seus eventos e à concentração de participações. Investigar hipóteses associadas aos fatores que motivam a sustentação dos vieses aqui demonstrados enseja, portanto, uma interessante agenda para pesquisas futuras.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Claudio. *Poder econômico e financiamento eleitoral no Brasil – Parte 2: concentração e efetividade das doações privadas*. [SI]. Disponível em: <excelencias.org.br/docs/financia_desigualdade.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018, 14:00.

ALMEIDA, A.; SANTOS, Fabiano. Teoria informacional e a seleção de relatores na Câmara dos Deputados. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Vol. 48, no 4, pp. 693-735, 2005.

ALMEIDA, A. Processo legislativo: mudanças recentes e desafios. *Boletim de Análise Político-Institucional*. 7, pp.45-50, 2015.

ALMOND, G.; POWELL, B.; DALTON, R.; STROM, K. *Comparative Politics Today: A Theoretical Framework*. Pearson/Longman: 2008.

ANASTASIA, Fátima. *Responsabilização por controle parlamentar*. Texto apresentado ao GT instituições políticas da ANPOCS, 1999.

DINIZ, Eli; BOSCHI, Renato. *Empresários, Interesses e Mercado: dilemas do desenvolvimento no Brasil*. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2004.

IMMERGUT, Ellen. As regras do jogo: a lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia. In: STEINMO, S.; THELEN, K.; LONGSTRECH. *Structuring Politics: Historical Institutionalism in comparative analysis*. Nova York: Cambridge University Press, 1992.

IMMERGUT, Ellen. O Núcleo teórico do Novo Institucionalismo. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. *Políticas Públicas – Coletânea*: 2007.

IPEA. *O que é?* – Índice de Gini. [SI]. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 08 mar. 2018, 08:30.

MANCUSO, Wagner. *O Lobby da indústria no Congresso Nacional: empresariado e política no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Humanitas, 2007.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan. Eleições e representação. *Lua Nova*: n. 67, p. 105-138, 2006.

PRZEWORSKI, Adam. *Money, politics, and democracy*. New York: New York University, 2011.

SANTOS, Manoel. *O parlamento sob influência: o lobby da indústria na Câmara dos Deputados*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de Pernambuco: Recife, 2011.

SANTOS, Manoel. Representação de interesses na arena legislativa: os grupos de pressão na Câmara dos Deputados (1983-2012). *Texto para discussão do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, Rio de Janeiro: Ipea, 2014.

SOUZA, Paulo; NEY, Marlon; PONCIANO, Niraldo. Evolução da Distribuição dos Financiamentos do PRONAF entre as Unidades da Federação no Período de 1999 a 2009. *RBE*: v. 65, n. 3, p. 303-313, 2011.

TAGLIALEGNA, G. & CARVALHO, P. Atuação de grupos de pressão na tramitação do projeto de lei de biossegurança. *Revista de Informação Legislativa*: 43(169), pp.161-188, 2006.

THÉRET, Bruno. As instituições entre as estruturas e as ações. *Lua Nova*, n° 58, 2003.

THOMAS, C. S. *Research Guide to U.S. and International Interest Groups*. London: Praeger, 2004.

THOMAS, C. S.; GOZETTO, A. C. O. Interest groups in Brazil: a new era and its challenges. *Journal of Public Affairs*: 14, 3, p. 212-239, 2014.

MANIFESTAÇÕES POPULARES E A DICOTOMIA ENTRE DIREITO E CRIMINALIZAÇÃO

Jéssica da Silva Santos

*Universidade Estácio de Sá, São Gonçalo, Brasil,
jessica_dasilvasantos@hotmail.com*

André Hacl Castro

*Universidade Estácio de Sá, Professor de Direito Constitucional, Departamento de Direito,
São Gonçalo, Brasil,
andre.hacl@estacio.br*

RESUMO

Em análise ao crescente número de manifestações populares no Brasil e de tamanha repercussão social, o presente artigo busca analisar a atuação Estatal, os excessos cometidos por agentes estatais no uso de suas atribuições e a utilização de recursos midiáticos no intuito de criminalizar movimentos sociais. O objetivo desta pesquisa é demonstrar que os movimentos sociais são determinantes em produzir rupturas na estrutura político-social e possuem grande relevância na consolidação da democracia e na busca por igualdade social, sendo alvos de repressão e criminalização pelo aparelho estatal, no intuito de manter a ordem social vigente. O desenvolvimento do trabalho far-se-á através de uma metodologia dedutiva, baseada na análise crítico-reflexiva da história e formação da sociedade brasileira, da criminologia e do ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Manifestações Populares; Estado; Criminalização; Controle Social; Mídia.

INTRODUÇÃO

No Brasil, os direitos e garantias fundamentais foram conquistados mediante um processo histórico-social pautado em movimentos sociais de apoio popular, ocasionando assim a construção da cidadania e efetivação de Direitos Humanos, bem como na redemocratização política do país.

Dentre esses direitos, o direito à reunião e a liberdade de manifestação foram uma das primeiras liberdades fundamentais reconhecidas pelo ordenamento jurídico. O legislador constitucional originário visando garantir proteção ao direito de manifestação o enquadrado como um direito coletivo e

fundamental elencou-o na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 em seu artigo 5º, inciso XVI.

Hodiernamente, após a promulgação da Constituição de 1988, a constituição “cidadã”, a qual além de assegurar, também ampliou direitos e garantias individuais, direitos sociais, políticos e econômicos, fazendo com que vivamos em um Estado Democrático de Direito, baseado em uma democracia participativa.

Todavia, como se sabe, os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, estando assim sujeitos a limites e restrições para que não haja dissonância entre eles. Tais limitações e restrições, impostas e promovidas pelo poder público possui o intuito de resguardar o direito da coletividade.

Dessa forma, em busca por efetiva participação política, a sociedade atual se utiliza dos movimentos sociais como forma legítima do exercício da cidadania. Nesse sentido, os movimentos sociais tornam-se agentes democratizantes que efetivam e viabilizam o exercício da democracia.

Sendo assim, baseado nesse discurso o presente trabalho busca analisar as diversas tentativas de criminalização dos movimentos sociais e de lideranças, bem como do próprio direito de manifestação e protesto.

1. NEOLIBERALISMO E A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

É premissa do Estado resguardar direitos e criar normas de organização social capazes de controlar as desigualdades sociais e preservar a ordem existente, visto que, constantemente, as relações econômicas produzem desigualdades sociais.

No entanto, assim como em um passado não tão distante, atualmente, as manifestações populares e os movimentos sociais que lutam pela transformação social, pelo fim da exclusão e das injustiças sociais, confrontam-se com a lógica capitalista e a difusão do projeto neoliberal.

Nos últimos anos restou evidente o processo de perseguição e criminalização da luta social e de suas lideranças. Essa situação remonta uma contradição estrutural na sociedade brasileira, pois de um lado, tem-se o avanço da organização e da mobilização social e de outro, a permanência dos resquícios da ação autoritária do Estado apoiada por parcelas conservadoras da sociedade e participação da mídia no sentido de inibir a livre manifestação da sociedade pela busca da garantia de seus direitos fundamentais.

Evidencia-se um neoconservadorismo que ameaça o estado Democrático de Direito através da expansão de um Estado policial voltado ao controle

social, pautado em um discurso em prol da segurança pública sobreposto aos direitos humanos na medida em que cria um Estado Penal baseado em prisões arbitrárias e imputações criminais descabidas.

Como bem preceitua CASARA, o que há de novo na atual quadra histórica, e que sinaliza a superação do Estado Democrático de Direito, não é a violação dos limites ao exercício do poder, mas o desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer estes limites, isso equivale a dizer que não existe mais uma preocupação democrática, ou até mesmo que os valores do Estado Democrático de Direito não produzem mais o efeito de limitar o exercício do poder em concreto. Com isso, em uma primeira aproximação, pode-se afirmar que na pós-democracia desaparecem, mais do que a fachada democrática do Estado, os valores democráticos. (CASARA, 2017, p. 21)

Nesse contexto, a criminalização, por vezes articulada com participação dos principais órgãos de defesa da democracia, prejudica a importante atuação dos movimentos sociais na luta pela democratização e efetivação dos direitos humanos e garantias constitucionais, uma vez que, tal criminalização deslegitima as lutas e os sujeitos políticos através de mecanismos de coação, ameaça e medo.

Nessa lógica neoliberal, estão inseridos os três poderes da República que, por vezes, ao atuarem de forma conjunta na defesa de interesses próprios ou da pequena parcela que os financia, resguardam direitos que atingem pequena parcela da sociedade.

Comumente a repressão a manifestações populares recebe contribuições legiferante do Poder Executivo através da atuação da força policial por meio de políticas militarizadas que buscam confrontar os “inimigos públicos” e chancela os demais poderes da República, destacando que através atuação do Poder Legislativo na aprovação de normas penais incriminadoras baseadas na criação de novos tipos penais, majoração de penas e recrudescimento da execução favorecem o aumento da repressão. Por fim, o Poder Judiciário que através de decisões judiciais que compactuam com uma política que criminaliza movimentos sociais, assim como os agentes envolvidos em tais movimentos, efetivam políticas voltadas a criminalização e violação de direitos.

Deste modo, ainda que denominado de forma diferente por diversos doutrinadores, seja como Estado Penal, Estado Pós-Democrático, Estado Policial, Estado de Exceção dentre outros, todos são utilizados para disseminar o mesmo processo de recrudescimento social, pautado em uma lógica mercadológica repressora e transgressora de direitos e garantias fundamentais no seio de uma democracia.

2. A GRANDE MÍDIA E AS MANIFESTAÇÕES POPULARES

Do mesmo modo como nos outros países da América Latina, no Brasil, o setor de comunicação é pautado na concentração e no monopólio, acarretando uma disputa desigual e excluindo do debate político, econômico e social as minorias.

A atual conjuntura sociopolítica do país é marcada pela criminalização dos movimentos sociais e por sua difamação pública através das grandes mídias, que se tornaram armas de manipulação por parte do Estado e daqueles que detêm o poder.

Traçando um levantamento histórico, é possível constatar que a chamada grande mídia sempre buscou servir aos interesses políticos e econômicos, servindo ao aparelho ideológico do Estado, elites privadas e aos interesses do capital. A história do Brasil demonstra que na época do regime militar, a ideologia opressora imposta no país teve ampla sustentação e divulgação pelos meios de comunicação em massa.

Contemporaneamente, a chamada “grande mídia” continua operando sob domínio da propaganda e defensiva da ideologia dominante e subordinada a lógica do mercado, tendo em vista que, movimentos sociais que são taxados como “perigosos” aos interesses da ordem social imposta são desarticulados pela mídia diante da sociedade, já os que não representem ameaças ao capital e a elite social dominante são divulgados como fatos sociais interessantes.

A contrario sensu, a grande mídia é utilizada como palco para a disseminação de falácias e distorções nos objetivos reais das lutas sociais, instaurando por vezes, conflitos e manifestações de ódio e fomentando um processo de criminalização contra movimentos e manifestações sociais, quando poderia utilizada para o compartilhamento dos debates e ampliação da comunicação de projetos e lutas que permeiam a sociedade.

Constata-se que o referido processo de criminalização difundido pela mídia brasileira contra os movimentos sociais que vão além dos interesses dos grupos sociais que detêm o poder e dos veículos de comunicação é histórico, contudo, nos dias atuais através da grande influência social, os veículos midiáticos continuam operando de forma camuflada, mas não mais com o foco de reproduzir uma ideologia política do Estado, mas sim, sob o domínio de propagandas massivas e defensivas, subordinada a lógica de mercado da ideologia dominante.

E assim, através dos veículos de comunicação, os movimentos sociais legítimos e resguardados constitucionalmente são criminalizados e acarretam uma repressão social, através do fato de que a sociedade ao observar

arbitrariedades e consequências sociais concluem que o ato de lutar por um direito, nada mais é do que um crime contra a ordem social vigente.

3. ESTADO POLICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES POPULARES

É dever do poder público garantir que direitos sejam assegurados e que deveres sejam cumpridos, no entanto, sempre em atenção ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, medida excepcional para que as atividades desempenhadas pelo Estado não se desviem de sua finalidade pública.

E busca-se resguardar direitos que, o poder público durante manifestações populares se utiliza do aparato policial, no intuito de preservar a ordem pública e o bem estar da população, ainda que este, por muitas vezes, no exercício de suas atribuições, cometa abusos capazes de violarem os próprios direitos e garantias que a princípio, deveriam ser resguardados.

Destaca-se que, historicamente, a prática estatal de tratar reivindicações sociais como “caso de polícia” é corriqueira, e o massacre de Canudos e Contestado, dentre tantos outros levantes populares são provas incontestáveis. O passado histórico do país remonta que governar através de um braço repressor estatal, pautado na criminalização e tratando a defesa de direitos legítimos como caso de polícia, no intuito de manter o privilégio de poucos em detrimento de uma maioria que busca a construção de uma sociedade mais justa e igualitária não é um fato atual.

No cenário atual, medidas de exceção são utilizadas sob o prisma da lei. Constantemente é possível visualizar em manifestações populares inúmeras arbitrariedades, dentre elas destaca-se as do âmbito policial como a falta de identificação dos agentes policiais em suas fardas, utilização desproporcional de armas letais, revistas pessoais e prisões arbitrárias e a utilização das tropas de choque visando limitar e restringir o acesso aos movimentos e dispersar manifestantes.

Evidencia-se que as contenções repressivas das manifestações são feitas principalmente pela força policial, seja pela utilização da Polícia Militar, Civil, Exército ou Força Nacional de Segurança, fazendo uso de blindados e armas letais que a resposta policial tem sido comumente utilizada de forma desproporcional e por vezes violenta e gratuita, sem a manifestação de excesso por parte de algum manifestante.

É recorrente uma atitude autoritária do Estado brasileiro (consequentemente da sociedade) no trato e na solução de conflitos, especialmente quando envolve conflito de interesses resultados de mobilizações sociais e de ações de movimentos populares organizado. (SAUER, 2008)

Desta forma, implementando-se violentamente, a criminalização dos movimentos sociais, onde o discurso repressivo é utilizado como ferramenta para deslegitimar as reivindicações sociais, há um recrudescimento do controle social pautado através da utilização do aparato policial criando um Estado de Polícia, restringindo direitos e liberdades individuais.

Diante desses fatos, é inegável o crescente número de prisões arbitrárias que ocorrem durante manifestações populares nos últimos anos, bem como os crescentes abusos injustificados cometidos por agentes estatais que ultrapassam a finalidade pública de resguardar direitos.

Apesar das orientações emitidas pelo Ministério da Justiça e pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, determinando que o uso da força "deverá se pautar nos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos", é comum observar a utilização do uso da força policial de forma excessiva, desproporcional e arbitrária contra manifestantes, justificada pela conveniência do Estado durante os protestos.

Ademais, segundo dados do relatório de casos exemplares de criminalização no Brasil (2006), a repressão vem sempre acompanhada do uso da força, da arbitrariedade e da violência patrocinadas por governos de todos os matizes, que priorizam o capital econômico em detrimento dos direitos da maioria da população, que vive em situação de pobreza em condições miseráveis. Com base nisso, o Judiciário e o Legislativo ao examinarem as ações promovidas pelos movimentos sociais contribuem para a manutenção de uma ordem injusta e desigual, que se esconde sob os princípios da liberdade e da justiça, haja vista a legislação nacional e internacional ser manipulada de acordo com os interesses da classe dominante, restando impossível o respeito e a observância dos direitos humanos.

O estado não busca o diálogo com líderes de tais movimentos, os perseguem como forma de isolá-los e conter os movimentos, criando os chamados "inimigos do Estado", remontando a teoria do doutrinador alemão Gunter Jakobs denominada Direito Penal do Inimigo, onde aqueles que não compactuam com a ordem social imposta, tornam-se indesejáveis à sociedade.

Logo, o exercício da democracia por outras vias, que não a da representatividade, é taxada então como contrária à sociedade e essa massa rotulada como inimiga. Os indivíduos que compõem essa massa, mais precisamente, os movimentos sociais não mais serão encarados como pessoas; negou-se a eles a cidadania, o direito em ter direitos, e assim tornou-se possível reprimir por qualquer meio necessário para manter-se a ordem (ANDRADE, 2003).

Há a substituição de um Estado Social para um Estado Policial, sendo este definido como a negação das liberdades, indiferente de posição social

ou hierarquia. É uma antítese do sistema democrático. (MELLO, Celso. A.B, 2007)

4. LEIS PENAIS DE EXCEÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES

Devido a consolidação dos movimentos sociais como agentes capazes de modificar e confrontar a estrutura social, estes tornam-se ameaças a ordem social vigente baseada na lógica mercadológica, e, o Estado ao se confrontar com meios de controle social ineficazes para a manutenção da ordem, utiliza-se o direito penal como um repressor e via eficaz de controle social, pautado através de imputações penais em casos de conteúdo essencialmente político.

Nesse contexto, a ineficácia estatal em lidar com conflitos sociais expostos por manifestações populares e movimentos sociais acarreta um crescente número de arbitrariedades e violações, enaltecendo entre elas as revistas e prisões ilegais, detenções arbitrárias, utilização de bombas de gás de pimenta em momentos em que não há desordem. Soma-se e a isso a falta de identificação dos agentes estatais em suas fardas, o uso da tropa de choque nas manifestações, no intuito de limitar e constranger o acesso dos manifestantes nos locais dos atos, entre outras, inclusive, execuções sumárias.

Nos deparamos com um Direito Penal utilizado como instrumento estatal para controle dos indesejáveis, dos “inimigos”, que se torna legitimador da ampliação de um discurso voltado para o direito penal máximo, que, de forma desmedida, no intuito de manter a ordem social só culmina mais violência e fomento para a cultura do cárcere, esse, utilizado pelo Estado como uma resposta repressiva para restringir garantias e estabelecer controle social.

Destarte, o direito penal, antes visto como um instrumento garantidor da segurança pública e da paz social, tem se distanciado de sua função essencial, uma vez que, mediante a estigmatização e seletividade, se vincula ao jus puniendi, fomentando o aumento da violência e tornando-se um obstáculo, criando uma falsa sensação de segurança jurídica e de criminalização, mediante a utilização de um simbolismo penal, ineficaz para a própria sociedade, pautado em uma política de criminalização que favorece o aumento do preconceito, aproximando-se assim de um direito penal do autor, estabelecendo “inimigos” responsáveis pela desordem social.

A excepcionalidade do sistema penal da guerra impõe ao inimigo um tratamento diferenciado na medida em que lhe é negada a sua condição de pessoa. Assim, esse indivíduo tido por inimigo, ou terrorista, perde seu status de sujeito de direitos e passa a ser considerado tão somente como um ente

perigoso ou daninho e que deve ser neutralizado. Esse inimigo será objeto de uma sanção cuja natureza é quase administrativa, já que não se submete às garantias judiciais dedicadas à pessoa, e cujo fundamento é o de neutralizar a sua periculosidade. Tais medidas não encontram amparo e são incompatíveis com os princípios de um Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, próprios da exceção que se torna regra. (ZAFARRONI, 2013)

A expansão de um Estado Penal ameaça o Estado Democrático de Direito, visto que, com base em um discurso de segurança pública, fomenta o medo e ensaja o combate aos inimigos públicos, as classes indesejáveis que de algum modo ameaçam a ordem social excludente.

CONCLUSÃO

Vivenciamos uma Democracia muito jovem e ignorar tal fato, muitas vezes, ocasiona prejuízos imensuráveis ao pilar de um Estado Democrático de Direito.

Não há como se falar em democracia sem o livre exercício de direitos e liberdades fundamentais, sendo inaceitável que o Estado em nome da segurança pública e na defesa de direitos os viole através da repressão e controle social, tendo em vista que, a cidadania não se restringe ao direito de voto, compreende também a organização social e a participação política.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, nenhuma política criminal substitui políticas públicas de emprego, de salário digno, de moradia, de saúde e, especialmente, de escolarização em massa – infelizmente, impossíveis no capitalismo. Portanto, mais do que simplesmente reprimir, é necessário compreender as reais demandas e necessidades da população. Conclui-se que qualquer estudo acerca do controle jurídico-normativo penal efetuado em relação aos grupos sociais presentes nas manifestações contemporâneas no Brasil não pode prescindir de uma ampla análise capaz de englobar os diversos vetores sociais que influenciam no debate. (SANTOS, 2005)

É necessário compreender a importância da promoção da cidadania e construção de uma esfera pública mais democrática, uma vez que, é a própria sociedade quem perde com a repressão de movimentos sociais, pois através destes é que as demandas invisíveis aos governantes se tornam repercussão social.

Além disso, é imprescindível a democratização dos meios de comunicação, através de uma mídia alternativa e participativa, visto que a mídia somente cumpre seu verdadeiro papel social na medida em que não deturpe a realidade.

É preciso empenhar esforços no sentido de desconstruir um modelo econômico, político e social voltado a repreender mudanças através de arbitrariedades, abusos e perseguição política. Mas adotar um modelo voltado a compreender as reais causas dos problemas sociais como um todo, respeitando as premissas de um Estado Democrático de Direito e seus direitos e garantias constitucionais.

Cabe a luta por um Estado Democrático voltado ao respeito garantias constitucionais e de direitos individuais previstos na Constituição Federal e ao respeito pelas lutas, para que estas, ao invés de criminalizadas, sejam vistas como exercício legítimo de cidadania, de liberdade, de democracia e construção político social, pois, o poder que viola o direito de um, viola o direito de todos e uma repressão utilizada como mero objeto de coação, culmina na violação de direitos e garantias fundamentais, viola a democracia.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 de jul. de 2019, 18:58:41.

CASARA, R. Rubens; *Estado Pós-Democrático*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

MARQUES, Victor; *O retorno da dor*, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/noticia/319457-1>, acesso em: 29 de set. de 2019, 23:45:10.

MELLO, Celso A.B. de; *A sombra do Estado Policial*, Revista Veja, 2007. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/10841/revista-veja-a-sombra-do-estado-policial> Acesso em: 29 de set. de 2019, 23:05:14.

RELATÓRIO DE CASOS EXEMPLARES: *A criminalização dos movimentos sociais no Brasil*, organizado por Rosiana Pereira Queiroz, Brasília, 2006. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/r_mndh/r_mndh_criminalizacao_mov_sociais.pdf, acesso em: 27 de set. de 2019, 10:47:53.

SANTOS, Juarez Cirino; *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*, Florianópolis: XIX Conferência Nacional dos Advogados, 2005. Acessado em 30.08.2018, 14:25:58, disponível em

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/criminologia-cr%C3%ADtica-e-reforma-da-legisla%C3%A7%C3%A3o-penal>.

SAUER, S; *Processos recentes de criminalização dos movimentos sociais populares*. Disponível em: < <https://terradireitos.org.br/wp-content/uploads/2008/10/Processos-recentes-de-criminaliza%C3%A7%C3%A3o-dos-movimentos-sociais-populares.pdf>> Acesso em: 02 de jul. de 2019, 19:32:54.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 18 e 19.

NEOLIBERALISMO, DESIGUALDADE E PRECARIZAÇÃO:

Um estudo sobre servidores públicos

Antón Lois Álvarez Fernández

Universidade de Vigo (UVIGO), Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense e Doutor em Direito pela Universidad de Vigo, Vigo, Espanha, alfa@uvigo.es

Diogo Menchise Ferreira

Universidade federal Fluminense (UFF), Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN-UFF), Niterói, Brasil, diogomenchise@gmail.com

RESUMO

O Artigo pretende identificar os principais aspectos e interesses do Neoliberalismo e o esforço dessa política de utilizar o Estado como um instrumento para beneficiar o capital financeiro, e concomitantemente o aparelhando e o equiparado à Empresa privada. Nosso objetivo é mostrar que o capitalismo, com suas crises econômicas e sociais cíclicas, não oferece alternativas para superar o desemprego, a questão social e a desigualdade que se espalha em todos os países. Nesse contexto, no Brasil, há uma tendência atual de enxugar as Instituições Públicas e o Estado. A filosofia do Estado Mínimo está cada vez mais enraizada nos serviços públicos e com a implementação da PEC 241/55 o serviço público possivelmente ficará cada vez mais precarizado, seja por falta de servidores, seja por infraestrutura no serviço, justificando por fim, privatizações e terceirizações. Com uma abordagem quantitativa analisaremos os dados numéricos e estatísticos e os elementos jurídicos com a qualificação e veracidade dos dados coletados. A metodologia utilizada será a hipotética dedutiva, com as técnicas de pesquisas do ponto de vista da forma de abordagem ao problema, analisando e classificando as informações e opiniões do ponto de vista dos objetivos e dos procedimentos técnicos com pesquisa documental em documentos públicos, normas e legislações e consultas bibliográficas. No artigo começaremos com um breve histórico de políticas neoliberais no serviço público do Brasil e posteriormente estudaremos a comparação de Serviço Público no Brasil e na Europa meridional chegando à conclusão que há uma tendência global de política de austeridade e vem ocorrendo, além do Brasil, em alguns países principalmente no sul da Europa (como Grécia, Portugal e Espanha) denominando a “crise do Estado de Bem-Estar Social” com a redução dos gastos públicos refletindo na prestação de serviços à sociedade e aumentando a precarização e a intensificação do trabalho.

Palavras-chave: Neoliberalismo; Desigualdade social; Estado de bem-estar social; Austeridade; Servidores Públicos.

INTRODUÇÃO

A relevância desse tema nos dias de hoje e o estado atual sobre a questão levantada neste Artigo é de extrema importância para discutirmos sobre as possibilidades que poderão acontecer na administração pública e como deverá ser a atuação da máquina pública em relação aos empregos. O tema da pesquisa é importante também para situarmos como o Brasil está e estará em um contexto da globalização. Há uma discussão muito grande sobre o assunto no âmbito acadêmico e nas instituições públicas no Brasil e em muitos países da Europa.

Uma das hipóteses, principalmente após a implementação da PEC 241/55 e outras políticas de austeridade, é que o serviço público possivelmente ficará cada vez mais precarizado, seja por falta de servidores, seja por infraestrutura no serviço, justificando por fim as privatizações e as terceirizações. Suscitamos também que não é possível afirmar que uma das causas da crise financeira no Brasil seria pelos gastos públicos com os servidores. Se fosse assim, como veremos no artigo, os países de primeiro mundo estariam piores financeiramente do que o Brasil.

Teremos como objetivo compreender os processos político-jurídicos e econômicos que vêm conduzindo à precarização das condições do trabalho do servidor público no Brasil e mostrar que o capitalismo, com suas crises econômicas e sociais cíclicas, não oferece alternativas para superar o desemprego, a questão social e a desigualdade que se espalha em todos os países.

Buscaremos dados quantitativos trazendo dados numéricos e estatísticos e dados qualitativos com a qualificação e veracidade dos dados coletados.

Os métodos serão indutivos e fenomenológicos com técnicas de pesquisas do ponto de vista da forma de abordagem ao problema, analisando e classificando as informações e opiniões do ponto de vista dos objetivos com entrevistas e do ponto de vista dos procedimentos técnicos com pesquisa documental em documentos públicos, normas e legislações e consultas bibliográficas, tornando-se viável o desenvolvimento da pesquisa.

Existem muitas interpretações sobre o neoliberalismo, principalmente na lógica do Capitalismo em sua política econômica. Mas não podemos falar somente de uma economia neoliberal ou uma política neoliberal, e sim, uma sociedade neoliberal, estendendo a lógica concorrencial do mercado a todas relações sociais e a todas esferas da vida.

O sistema neoliberal foi instaurado por forças e poderes em níveis nacionais e globais por oligarquias burocráticas e políticas, multinacionais, atores financeiros e grandes organismos econômicos internacionais que formam uma coalizção de poderes concretos que exercem certa função política em escala mundial.

Com essa filosofia adveio uma política de austeridade, cortes de gastos públicos, redução de direitos conquistados e sociais, sendo tudo inserido em um contexto da lógica das Empresas privadas e a uma lei de concorrência global.

Essas políticas de austeridade foram implementadas principalmente nos Países da Europa meridional e vem acontecendo no Brasil. Estudaremos principalmente como essas políticas influenciaram no quantitativo de servidores e na precariedade do serviço público no Brasil e no sul da Europa na atualidade.

1. BREVE HISTÓRICO DE POLÍTICAS NEOLIBERAIS NO SERVIÇO PÚBLICO DO BRASIL

No Brasil, no âmbito da Administração Pública, embora a década de 1990 tenha sido considerada a da expansão da terceirização e privatização, não se pode desconsiderar que na década de 1960, já na ditadura militar implantada de 1964, foram criadas bases fundamentais para a rotatividade da mão de obra no setor privado e, no setor público, a descentralização da Administração Pública.

O primeiro embrião normativo sobre terceirização da administração pública no Brasil foi o Decreto-lei 200/1967, que em seu art.10 §7º estabelece:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. (grifos nossos).

Apesar de a previsão deste artigo ter permitido transpassar atividades administrativas para os particulares, somente alguns anos depois é que as terceirizações realmente aconteceram efetivamente. Até as terceirizações de fato se tornarem um costume na administração pública,

houve (após o decreto 200/67 art. 10§7º) a Lei nº 5.645 de 1970, que, em seu art.3º, parágrafo único, estipulava que “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997)”, e a Lei nº 6.019/74 – sobre trabalho temporário (BRASIL, 1974).

Essa medida teve a finalidade de descentralizar atividades exercidas pela Administração Pública. Em relação ao quadro de pessoal, a ditadura militar procurou transformar uma parte dos trabalhadores protegidos pelos estatutos, que obtinham estabilidade no emprego, em celetistas. Ainda pelo Decreto-lei 200 de 25.02.67, foram criadas metas aos servidores, estabelecendo, em seu art. 96, que “nos termos da legislação trabalhistas terá, no mais breve prazo, revista sua lotação, a fim de que passe a corresponder a suas estritas necessidades de pessoal e seja ajustada às dotações previstas no orçamento”. Negava-se a caracterização de vínculo empregatício dos colaboradores eventuais (art. 111) e levantava a hipótese de opção dos que eram do regime estatutário para o celetista (art. 114), além de outras diretrizes. (ALEMÃO, 1998, p. 80-81).

O parágrafo 2º do art.163 da Constituição de 1967 (reproduzido no §2º do art.170 da CF/69 e o original §1º do art.173 da CF/88) estabelecia para as empresas públicas, autarquias e sociedades de economia mista as normas das empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho. O Decreto-lei nº 225 de 28.02.67 determinou que o regime jurídico do pessoal do INPS seria o da legislação trabalhista. A Carta de 69 (§2º do art.179) e a Carta de 88 (§1º original do art.173) mantiveram a norma, porém excluíram as autarquias do regime privado (ALEMÃO, 1998, p. 85).

Se no âmbito da Administração Pública ainda não existira a terceirização de forma evoluída como observamos, no final do século XX já começava a haver a descentralização administrativa mais implementada no setor público. Introduzida num processo de maior retração do Estado, a descentralização pôde ser concebida e analisada dentro de um conjunto de estratégias neoliberais, que almejaram particularmente diminuir a responsabilidade do Estado. No setor propriamente privado, regido pela CLT, o que na década de 1990 foi chamado de flexibilização e precarização, já existia de várias formas.

Portanto, sob o regime autoritário da década de 1960 foram criadas diversas condições legais que na década de 1990 seriam utilizadas largamente. Nas décadas de 1970 e 1980, ainda na ditadura militar e mesmo na democracia, o setor público foi fortalecido, muito embora já houvesse tímida prática de privatização. (ZOCKUN, 2014, p.33).

Como ressalta Carolina Zancaner Zockun, no governo João Figueiredo, no começo da década de 1980, houve privatização de 20 empresas que estavam sob o comando da União e no final da década de 80, no governo José Sarney, houve privatização de 18 empresas. Nessa mesma década foi promulgado o Decreto nº 95.886/88 que deliberava sobre o Programa Federal de desestatização.

Mas, segundo Carolina Zockun, o primeiro impulso da terceirização do serviço público foi na era do governo Collor. Na época, foi editado o Programa Nacional de Desestatização com a Medida Provisória nº 155/1990 convertida na Lei nº 8.031/1990, alterada muitas vezes até ser revogada e substituída pela Lei 9.491/1997(modificada pelas Leis 9.700/98 e 11.483/07 e pela Medida Provisória 2.161-35/01 e regulamentada pelo Decreto nº 2.594/98 alterado pelo Decreto nº 7.380/01). Com uma política neoliberal de privatizações (18 empresas efetivamente privatizadas) e terceirizações, foi implementada uma política de enxugamento da máquina administrativa culminando em exoneração e demissão muitos de funcionários públicos.

O segundo grande impulso da terceirização foi na época do Presidente Fernando Henrique Cardoso que, com a filosofia de eficiência, gerando enxugamento do Estado, continuou com a filosofia neoliberal adotando várias medidas de privatizações, terceirizações e publicizações. Foi dado início à “Reforma Gerencial” do Estado Brasileiro a partir de 1995, pelo MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado), com a elaboração do Plano Diretor do Aparelho do Estado. Por esta Reforma, o Estado transferiu para a iniciativa privada algumas de suas funções sob o seu controle. Essas medidas da reforma do aparelho do Estado vieram com o discurso de aumentar a “governança” para implementarem de forma eficiente e flexível políticas públicas de maneira conjugada com a sociedade. O Ministro da época, Bresser Pereira, justificava essas providências para um serviço público moderno, profissional, eficaz e eficiente (gerando mais benefícios com os mesmos recursos), voltado para o atendimento das necessidades dos cidadãos. Nesse contexto surgiram as agências reguladoras (BRESSER-PEREIRA, 1997, p.7).

Outro fato relevante foi a “publicização” que descentraliza para o *setor público não-estatal* a execução de serviços que não envolviam o exercício do poder de Estado, entretanto devendo ser protegidos pelo Estado, como é o caso dos serviços de cultura, educação, pesquisas científicas e saúde (ZOCKUN, 2014).

Com o objetivo de reduzir o tamanho do aparelho administrativo do Estado, de dinamizar e de flexibilizar sua atuação expandiu-se os recursos de autorizações, permissões e concessões de serviços públicos ao Terceiro Setor e à iniciativa privada. Surgiu também, nesse contexto, o estabelecimento de

parcerias com entidades públicas ou privadas para a gestão associada de serviços públicos ou serviços de utilidade pública, por meio de convênios, consórcios e contratos de gestão surgindo as OSCIPs. A terceirização das atividades-meio da administração pública cresceu neste contexto também. Foi possível observar também a aceleração de aposentadorias de funcionários públicos sendo substituídos gradualmente por terceirizados com o discurso de “desafogamento do Estado” para se concentrar apenas no núcleo estratégico (Legislativo, Judiciário, Presidência, Cúpula dos Ministérios e Ministério Público) e atividades exclusivas (Regulamentação, Fiscalização, Fomento, Segurança Pública e seguridade Social Básica), voltando a ser implementada em maior escala a ideologia do Estado Mínimo.

No governo Lula, apesar de se ter reduzido um pouco a terceirização por servidores públicos, o número de cargos comissionados aumentou (IPEA, 2011). Servidores comissionados são aqueles que ingressam na administração pública sem uma seleção – apurada, democrática e impessoal –, e sim por livre nomeação e livre exoneração. Estas nomeações aumentam a quantidade de trabalhadores “inseguros”, que, não possuindo estabilidade no cargo, podem ser exonerados a qualquer momento. Essa insegurança se assemelha com a insegurança no emprego dos terceirizados.

Na era da Presidente Dilma, o número de nomeações de servidores concursados também diminuiu (CORREIO Braziliense, 2013).¹ Também aumentou o número de terceirizações, inclusive nas Estatais, chegando a aumentar em um número absurdo de 55% (comparado com o aumento de 13% de empregados públicos) em um período de um ano – de 2011 a 2012 – na Eletrobrás.²

Ainda no governo Dilma, a tendência de terceirização continuou ganhando cada vez mais espaço. A Lei nº 9.637/98 (BRASIL, 1998a), que tinha sido sancionada pelo Presidente Fernando Henrique e sofrera Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 1923/98) por proposta do Partido dos Trabalhadores (PT) e do Partido Democrático Trabalhista (PDT), teve sua resolução recentemente determinada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o qual decidiu ser permitido à Administração Pública repassar a gestão de Universidades Estatais, Escolas Públicas, Hospitais, Museus, entre outras Autarquias, Fundações e Empresas Estatais que realizam serviços públicos sociais para entidades privadas sem fins lucrativos como Associações e Fundações privadas classificadas como Organizações Sociais (OS), tema que também voltaremos a falar.

1 Correio Braziliense. *economia*. Disponível em: <<http://www.correiobraziliense.com.br/economia>>, Acesso em: 09 fev. 2013, 11:16.

2 Eletrobras. *terceirizados*. Disponível em: <<http://www.eletronbraspar.com/terceirizados>>, Acesso em: 15 jun. 2019, 17:12.

Além do mais, o STF também entendeu e decidiu ser dispensável a licitação para contratações das OSs que celebraram contratos de gestão, bastando que seja conduzida de forma objetiva, impessoal e tenham ampla publicidade com cumprimento dos princípios do caput do artigo 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Convém ressaltar, que no mesmo ano que foi sancionado a Lei nº 9.637/98 que permite a Administração Pública repassar a gestão de serviços públicos sociais para as Organizações Sociais foi sancionada a Lei nº 9.648/98 (BRASIL, 1998b), a qual incluiu no art. 24, XXIV, da Lei Geral das Licitações (Lei nº 8.666/93), ser dispensável a licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. Sendo essa norma exceção à regra geral da obrigatoriedade de realização de licitação. Norma essa também considerada constitucional para o STF na mesma decisão citada acima.

No governo Temer houve uma diminuição completa do Estado Social onde foi aprovado a PEC do teto dos gastos públicos; Reforma Trabalhista; uma grande propaganda para a Reforma da Previdência Social Pública e Privada; Projetos de lei contra a estabilidade dos servidores; e a lei 13.429/17 que alterou dispositivos da lei 6.019/1974, além de modificar a disciplina para a contratação de trabalhadores de trabalho temporário para a substituição de pessoal permanente ou para executar demanda complementar de serviço, nela inseriu disposições sobre a *terceirização* abrindo brechas de terceirização na atividade-fim, inclusive no serviço Público. No dia 30/8/18, o STF julgou a ADPF 324 e o recurso extraordinário em repercussão geral 958252, que versavam sobre a possibilidade de terceirização em todas as atividades da empresa. O STF julgou que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, sejam elas em atividades-meio ou fim.

No atual governo, apesar de estar apenas começando, já houve muitos cortes nos serviços públicos principalmente na área de educação. A reforma da previdência continua sendo prioridade da área econômica do governo e tudo indica que se continue com as políticas de austeridades no serviço público.

O nosso projeto se baseia nos dados históricos, na atualidade e nas consequências que poderão acontecer no serviço público no Brasil e também no sul da Europa.

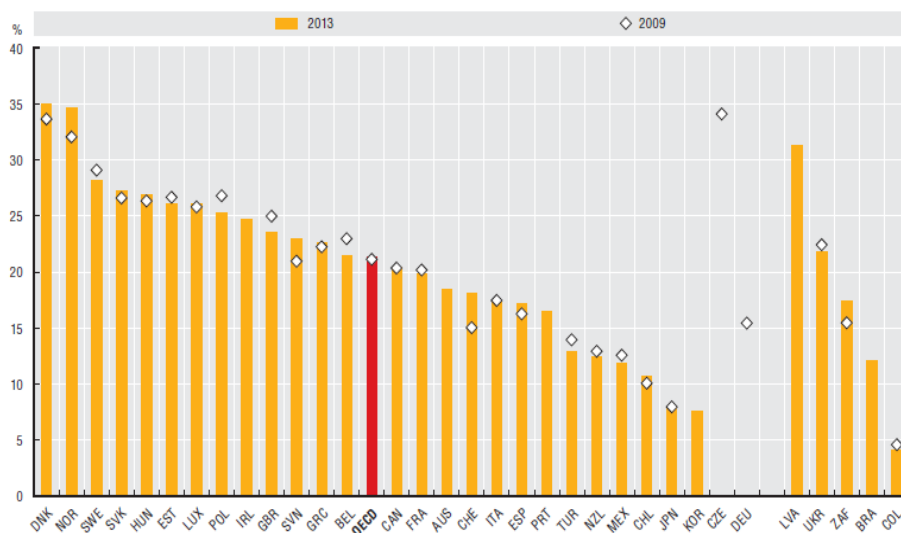
2. SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL E NA EUROPA MERIDIONAL.

No Brasil há uma tendência, principalmente da grande mídia, em afirmar que existem muitos funcionários públicos e que seria preciso diminu-

ir a máquina pública para sermos mais eficientes. Contudo, na Figura 1, a seguir, podemos observar o número de servidores públicos em relação ao total de trabalhadores empregados dentro os países da OCDE.

FIGURA 1³

Emprego no setor público como porcentagem do emprego total entre 2009 a 2013



Fonte: OCDE (2015)

Conforme a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, na tabela acima, o número de servidores públicos nos países desenvolvidos é o dobro dos países da América Latina, chegando a ser três vezes mais nos países da Dinamarca e Noruega. Na Espanha, Itália e Portugal a média de servidores é um pouco maior do que no Brasil, mas não chegando a ser o dobro. Na Grécia, o número de servidores mesmo com a crise em seu país se manteve maior em relação aos países da Europa Meridional. Esse percentual maior de servidores públicos nos países europeus em relação ao Brasil pode indicar justamente uma maior intervenção do Estado na economia.

3 OECD (2015), Government at a Glance 2015, OECD Publishing. doi: 10.1787/gov_glance-2015-em.P.85

Podemos observar também com a pesquisa realizada que houve na Espanha um pequeno crescimento proporcional no emprego do setor público entre 2009 a 2013. Enquanto na Grécia, Itália e Portugal não houve crescimento significativo no setor público durante esses anos.

De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada⁴, Portugal e Espanha embora revelem um padrão inferior aos dos demais países europeus ocidentais em termos de oferta de serviços públicos e em termos de construção de Estado de bem-estar social, mantiveram, a partir dos anos 1990, uma parcela estável de participação do emprego público no conjunto das ocupações de seus respectivos mercados de trabalho ocupações de seus respectivos mercados de trabalho.

Segundo Fernando Augusto Mansor de Mattos, a experiência internacional ensina que, em muitos países como Espanha e Alemanha, o estatuto legal e o status diferenciado dentro do corpo do funcionalismo público permitem absorção de mão de obra, no âmbito local, com regras de contratação mais lenientes. Possivelmente essa poderia ser uma explicação do porque a Espanha teve um crescimento em seus serviços Públicos em relação a outros países do sul da Europa (MATTOS, 2005).

Podemos observar na pesquisa do OCDE que a cada 100 trabalhadores brasileiros, 12 são servidores públicos. Essa mesma média é relativamente verificada em outros países da América latina. Nos países mais desenvolvidos, o percentual costuma ser quase o dobro, sendo em média 20 funcionários públicos a cada 100 empregados no total. E ainda nos países da Dinamarca e na Noruega, mais de um terço dos cidadãos economicamente ativos estão empregados no serviço público.

Agora veremos o quantitativo de servidores públicos nos últimos 20 anos no Brasil, segundo o Boletim Estatístico de Pessoal do Ministério do Planejamento, volume 21, número 248, dezembro de 2016.

Conforme tabela a baixo: De 1991 a 2002, houve um aumento de 1.836,251 milhões de funcionários públicos para 1.855,966 milhões. Mas esse aumento não foi constante porque houve anos em que o número de servidores públicos era maior em relação ao ano anterior e anos que havia menos servidores em comparação ao ano anterior. **O Aumento constante e progressivo começou a partir de 2002.**

Conforme tabela abaixo, o número de servidores em 2005 no seu total de servidores ativos era de 1.959,360 milhões de funcionários e, em 2015, 2.199,008 milhões tendo um constante aumento de mais de 10% entre

⁴ IPEA, Emprego Público nos Países Desenvolvidos: Evolução Histórica e Diferenças nos Perfis. P. 18, 2011.

2005 e 2015 de servidores públicos da união.

FIGURA 2⁵

Quantitativo de Servidores Federais da União segundo a situação de vínculo

SITUAÇÃO DE VÍNCULO (ativos, aposentados e inst. pensão)	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
EXECUTIVO – Cívil (adm. Dir.e Ind.) e Militares	1.473.376	1.559.677	1.624.526	1.681.409	1.730.122	1.767.358	1.751.017	1.727.393	1.760.221	1.764.702	1.763.389	1.722.310
LEGISLATIVO					23.615	23.788	26.118	25.924	33.804	30.367	30.298	30.847
JUDICIÁRIO					82.514	85.081	92.557	26.207	100.082	101.637	101.773	102.809
TOTAL	-	-	-		1.836.251	1.876.227	1.869.692	1.849.254	1.894.107	1.896.706	1.895.460	1.855.966

SITUAÇÃO DE VÍNCULO (ativos, aposentados e inst. pensão)	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
	1.829.530	1.813.300	1.829.003	1.840.612	1.863.124	1.831.011	1.884.520	1.907.293	1.931.141	1.952.281	2.004.052	2.025.697
EXECUTIVO – Cívil (adm. Dir.e Ind.) e Militares												
LEGISLATIVO	34.249	36.348	38.292	35.515	35.586	36.451	35.018	34.516	35.568	35.379	35.018	35.256
JUDICIÁRIO	105.395	109.712	113.505	116.007	116.264	139.822	141.943	146.917	130.720	136.744	138.839	138.055
TOTAL	1.969.174	1.959.360	1.980.740	1.992.134	2.014.974	2.007.284	2.061.481	2.088.726	2.097.429	2.124.404	2.177.909	2.199.008

Entretanto, com a nova aprovação da PEC 241, uma de nossas hipóteses é que a tendência do quantitativo de servidores poderá ser inversa dos últimos anos e o número de servidores deverá começar a diminuir. Haverá cada vez mais um enxugamento da máquina pública, com o propósito de instituir um novo regime fiscal ou um novo teto para o gasto público, que terá como limite a despesa do ano anterior corrigida pela inflação. A regra de

5 *MP – Boletim Estatístico de Pessoal e Informações Organizacionais do Ministério do Planejamento, volume 21, número 248, dezembro de 2016.*

congelamento do gasto público em termos reais valerá por 20 anos, período durante o qual o dinheiro economizado será canalizado principalmente para pagamento dos juros e do principal da dívida.

Os alvos dos cortes de despesas são os servidores, os serviços públicos como um todo e indiretamente a população que necessita do Estado e dos serviços sociais.

O grande problema com a implementação da PEC é que com o passar dos anos o serviço público deverá ficar cada vez mais precarizado, seja por falta de servidores, seja por infraestrutura no serviço, justificando por fim, privatizações e terceirizações.

Importante citar nesse contexto Antonio Baylos Grau, catedrático da Universidad de Castilla La Mancha na Espanha e especialista em serviços público e Estado de bem-estar social na Espanha e na Europa, o qual afirma que quando se inicia uma crise econômica o primeiro a ser sacrificado é o direito social, culminando em fortalecimento unilateral do empresário e construindo uma rede de externalização dos serviços, instituindo em terceirizações.

Essa é a versão amável do modelo, assinalando que, se há escassez, se a economia tem problemas, há de sacrificar os direitos. Quando se inicia a crise, o primeiro a ser sacrificado é o direito social. Isso coincide com esse desenho institucional com varias historias, sobretudo com uma absorção desses poderes regulamentares clássicos da relação de trabalho, que estão presentes no âmbito da empresa. Este modelo entende que a negociação coletiva não deve estar nas relações de intercambio do mercado, mas, acima de tudo e fundamentalmente, deve estar subordinada ao poder do empresário, isto é, o fortalecimento do poder unilateral do empresário elege, digamos, o sinal de identidade desse desenho institucional e, ademais, esse fortalecimento ocorre por meio da organização da empresa, da incidência das decisões unilaterais do empresário sobre o emprego, construindo uma rede de externalização de seus serviços, instituindo a terceirização. (BAYLOS GRAU, 2014, p. 20-21).

Segundo Ruy Braga, os bancos europeus junto com a “Troika” (Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional) exigiram da Grécia, em 2011, o pagamento da dívida com os bancos europeus e que o risco do “calote” das dívidas colocaria risco ao sistema financeiro. Foi oferecido um plano de resgate a Grécia que, em contrapartida, o governo se comprometeria a cortes com os gastos sociais e demissão de 150 mil funcionários públicos até 2015. (BRAGA, 2012, p.250).

Assim, o Antonio Baylos acima aborda que em uma crise econômica os primeiros a serem sacrificados são os direitos sociais, isto aconteceu com a

Grécia e vem acontecendo com o Brasil, com as mesmas justificativas. No Brasil vemos isso com a previdência social e o congelamento dos gastos públicos por 20 anos.

Afirma Ruy Braga, que aqueles que divulgam e seguem a teoria econômica padrão no mundo capitalista, defendem o pagamento da dívida grega e alegam que os bancos apenas recolhem a poupança acumulada por meio do trabalho árduo para financiar investimentos que geram empregos e asseguram o crescimento econômico. Portanto, eles não poderiam ser penalizados pela irresponsabilidade de governos muito mais do que deveriam com pensões, custos sociais e serviços públicos.

Nesse mesmo sentido, continua Ruy Braga dizendo que o capital financeiro não expõe a verdade. Sabemos que o sistema financeiro está relacionado com transações internacionais com o objetivo de criar capital fictício sob a forma de empréstimos. Os bancos quanto mais emprestam maiores são seus lucros. Nas últimas décadas os bancos europeus mantêm-se em uma relação perversa e insustentável entre créditos e seus capitais próprios. Suas garantias tornaram-se insuficientes diante da baixa qualidade de seus ativos.

Esses ajustes do capital financeiro exigidos para a Grécia também acontecem em Portugal, Espanha e Itália, principalmente nos países do sul da Europa. Esses planos de austeridades exigidos pelo mercado financeiro como corte de gastos sociais, demissões de funcionários públicos, redução da previdência etc. também vem acontecendo no Brasil e com o mesmo discurso pasteurizado que o mercado está quebrado, que o governo está quebrado. Mas sendo que tudo isso é para pagar os juros sobre juros que os bancos cobram de empréstimos dos trabalhadores (BRAGA, 2012).

Ruy Braga termina concluindo que além de politicamente ilegítimo, o plano de austeridade promove uma recessão econômica cujos custos sociais são simplesmente inaceitáveis e irreparáveis. E a alienação do crédito público para os bancos os quais possuem títulos impagáveis é um crime infundável, não uma solução para a crise.

Sobre os ajustes fiscais e as reformas no Brasil, Sara Granemann, professora da UFRJ e pesquisadora sobre Bem-Estar Social no Brasil e no Mundo, acredita que há semelhanças do Brasil com os países gregos e espanhóis, e que está acontecendo nos países da Europa do Sul um processo de “latinoamericanização”. Além de desmistificar a ideia de que ajuste fiscal e austeridade significam menos gastos públicos, a autora também comenta a reação que tem se construído na Europa por meio de partidos de esquerda

como *Syriza* na Grécia, e *Podemos*⁶ na Espanha, frente às restrições fiscais.

Segundo a autora, as sociedades europeias que conquistaram importantes direitos sociais por meio de revoluções ou da experiência do Estado de Bem-Estar Social atualmente adotam uma “política de mínimos”, em que as políticas sociais se tornam um meio para transferir recursos do fundo público para o capital privado. E esse modelo, conforme a professora, assemelha-se em grande parte ao Brasil.⁷

No Brasil somente houve um esboço de Estado de Bem-Estar Social, com uma política apenas embrionária de combate à fome, mas a miséria é tanta no Brasil que R\$ 85,00 mensais⁸ numa família com três crianças têm algum impacto na economia doméstica. Entretanto, não houve um impacto qualitativo, de reversão da fome, de reversão da miséria estrutural que a dieta impõe.

Acontece atualmente, conforme Graça Druck, que o processo de precarização afeta os segmentos de empregos que haviam adquirido estabilidade, como por exemplo, os serviços públicos, restabelecendo uma vulnerabilidade da massa que havia sido superada no período hegemônico pelas políticas de bem-estar social e caracterizando uma dinâmica em que a precarização deixa de ser marginal e passa a constituir-se “no coração” dessa fase de desenvolvimento do capitalismo dos países centrais e no mundo (DRUCK, 2012, p. 37 – 41).

Conforme Giovanni Alves, o trabalhador precariado é a camada média do proletariado urbano constituída por jovens-adultos altamente escolarizados com inserção precária nas relações de trabalho e vida social, representando a *carência de futuridade* intrínseca à ordem do capital. Apesar de não excluir também a precarização social a outras categorias sociais do novo e precário mundo do trabalho (ALVES, 2014).

Segundo Adrian Valencia, a precarização é um processo histórico-social de atualização e reestruturação da precariedade do trabalho na era do capitalismo neoliberal e depredador que vai atingindo e cobrindo a maioria das categorias socioprofissionais da classe trabalhadora e do proletariado independentemente de idade, sexo, etnia, origem racial, cultural ou de categoria profissional (SOLETO, 2016).

Continua Valência afirmando que o capital global precisa criar um enorme exército industrial de reserva para empurrar para baixo os salários

6 Partido político espanhol de esquerda fundado em 2014.

7 Entrevista concedida a Cátia Guimarães (EPSJV/Fiocruz) em maio de 2015 e publicada originalmente no site da Fiocruz.

8 Caixa Econômica Federal. *programas sociais*. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia>>, Acesso em: 10 jan. 2019, 10:15.

aumentando a produção e a concorrência entre os próprios trabalhadores entre o Estado. Os seres humanos que trabalham hoje de forma precária estão em um contexto de alta informalidade e vulnerabilidade dos princípios dos direitos humanos, do trabalho com os benefícios sociais e remunerações fixas, melhorias com vista a assegurar um futuro da seguridade social e aposentadorias para garantir a tranquilidade física e psíquica dos trabalhadores e suas famílias.

Assim, a crescente flexibilidade do trabalho em todo o mundo capitalista, evidenciadas na subcontratação, no emprego temporário, nas atividades autônomas – práticas flexíveis de emprego e dos mercados de trabalho – como formas concretas de flexibilização que se difundem em todas as atividades e lugares, associadas a processos de desindustrialização e de descentralização geográfica das fábricas, representam novas necessidades do sistema num contexto de hegemonia da lógica financeira, que exige maior mobilidade para os capitais e processos produtivos menos rígidos e cada vez mais flexíveis, estimulados por investimentos e resultados de curto prazo.

As formulações de trabalhos mais recentes de István Mészáros, amplamente divulgadas e reafirmadas por Ricardo Antunes (1999, 2001, 2006), constituem as reflexões sobre o “capital de nossos dias”, atualizando e contextualizando a lógica que preside as transformações do trabalho no mundo e que caracterizam uma “crise endêmica”, cumulativa e permanente, que a diferencia das crises cíclicas abordadas por Marx.

Trata-se de uma crise estrutural do capital, de caráter global e universal, em que a precarização e o desemprego se tornam a característica dominante do capitalismo, quando:

[...] seus conteúdos destrutivos aparecem em cena trazendo uma vingança, ativando o espectro de uma incontrollabilidade total, em uma forma que prefigura a autodestruição, tanto do sistema reprodutivo social como da humanidade em geral (MÉSZÁROS, 2002).

Para Bourdieu, a flexibilidade é uma “estratégia de precarização”, inspirada por razões econômicas e políticas, produto de uma “vontade política” e não de uma “fatalidade econômica”, que seria dada, supostamente, pela mundialização. Considera a precarização como um regime político (...) inscrita num modo de dominação de tipo novo, fundado na instituição de uma situação generalizada e permanente de insegurança, visando obrigar os trabalhadores à submissão, à aceitação da exploração” (BOURDIEU, 1998, p. 124-125).

CONCLUSÃO

Portanto, concluímos que não podemos afirmar que uma das causas da crise financeira no Brasil seria pelos altos gastos públicos com os servidores. Se fosse assim, os países de primeiro mundo estariam piores financeiramente do que o Brasil, como observamos na pesquisa da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

Desde as duas últimas décadas do séc. XX, uma nova conjuntura histórica se ergue num quadro de crise do capitalismo. Trata-se de um momento marcado pela mundialização, fundada na hegemonia da “lógica financeira”, que ultrapassa o terreno estritamente econômico do mercado e impregna todos os âmbitos da vida social, dando conteúdo a um novo modo de trabalho e de vida.

Houve uma grande virada a partir do final dos anos 60 com objetivos bem determinados como o desmantelamento do Estado de bem-estar social, culminando em privatizações e no Estado cada vez mais querendo se igualar à empresa privada. Essa mudança de filosofia adveio em parceria com o auxílio estratégico da mídia corporativa e com a propaganda da racionalidade de não só do Estado ser gerido como uma empresa, como também o Homem ser visto como uma empresa, “homem-empresa” e competitivo.

O neoliberalismo avançado fez com que diminuísse a dimensão coletiva da existência, retirando do Estado obrigações sociais, direitos trabalhistas, investimentos em faculdade de ensino, e transferindo a Previdência Pública para o setor privado, passando um poder considerável para os bancos e as seguradoras privadas. Sendo os indivíduos “liberados” para serem agentes de sua própria subsistência mediada pelo mercado. Ironicamente um Estado “neoliberal”, mas que protege cada vez mais os setores financeiros privados e os bancos, e cada vez menos os cidadãos.

Nesse contexto histórico, a flexibilização e a precarização do trabalho se metamorfoseiam, assumindo novas dimensões e configurações. O curto prazo das transformações impõe processos ágeis de produção e de trabalho, sendo indispensável contar com os trabalhadores que se submetam a quaisquer condições para atender ao novo ritmo e às rápidas mudanças. A mesma lógica, que incentiva a permanente inovação no campo da tecnologia, atinge a força de trabalho, de forma impiedosa, transformando rapidamente os homens que trabalham em obsoletos e descartáveis, que devem ser “superados” e substituídos por outros “novos” e “modernos”, isto é, flexíveis.

Assim, a crescente flexibilidade do trabalho em todo o mundo capitalista, evidenciadas na subcontratação, no emprego temporário, nas atividades autônomas – práticas flexíveis de emprego e dos mercados de trabalho – como formas concretas de flexibilização que se difundem em todas as ativida-

des e lugares, associadas a processos de desindustrialização e de descentralização geográfica das fábricas, representam novas necessidades do sistema num contexto de hegemonia da lógica financeira, que exige maior mobilidade para os capitais e processos produtivos menos rígidos e cada vez mais flexíveis, estimulados por investimentos e resultados de curto prazo.

Essa mesma lógica do capital está, equivocadamente, cada vez mais se infiltrando no serviço público. O problema que não se pode equipar o serviço público com as volatilidades das empresas privadas, pois no setor público há responsabilidade social e constitucional antes da mercadológica. Na empresa privada o que conta é o maior lucro possível, não importando os meios. No serviço público as finalidades são outras (social, ordem pública, segurança jurídica, assistencial e etc.), e os meios para se chegar a essas finalidades devem ser respeitados para haver segurança jurídica e processual e garantias democráticas. E para se efetivar realmente essas finalidades e o íntegro procedimento, o serviço público precisa ter uma boa estrutura material e pessoal, ter solidez e não estar suscetível às constantes mudanças e especulações do mercado.

REFERÊNCIAS

- ALEMÃO, Ivan. *Direito das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- ALVIM, J. L. R. *O Paradigma Procedural do Direito*: traduções da teoria para o Direito do Trabalho e Jurisprudência Trabalhista. São Paulo: LTr, 2006.
- ALVISI NEVES, E.; (Org.) HANSEN, Gilvan Luiz. (Org.); MONICA, E. F. (Org.). *Democracia, estado de direito e cidadania*: enfoques e reflexões. Niterói: Light, 2014.
- ALVES, Giovanni. *Trabalho e Neodesenvolvimentismo*. Choque de capitalismo e nova degradação do trabalho no Brasil. Bauru: Projeto Editorial Praxis, 2014.
- ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2000.
- _____(org) *Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, Coleção Mundo do Trabalho, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso De Direito Administrativo Brasileiro*. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAYLOS GRAU, Antonio. *Direito do Trabalho*: modelo para armar. São Paulo: LTr, 1999.
- BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.

BRITO, J. *Enfoque de gênero e relação saúde/trabalho no contexto de reestruturação produtiva e precarização do trabalho*. Cadernos de Saúde Pública, vol. 16, n. 1, jan/mar 2000.

CASTEL, R. *As metamorfoses da questão social*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*. São Paulo: Boitempo, 2016.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Direito Administrativo*. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DRUCK, G. *A metamorfose da precarização social do trabalho no Brasil*. Margem Esquerda, v. 18, p. 37-41, 2012.

_____. *Flexibilização e Precarização do Trabalho*: Novas formas de dominação social e política. XXV. Congresso de Ia Asociación Latinoamericana de Sociología – ALAS. PO110 Alegre.22-26 agosto, 2005.

_____. *Flexibilização e Precarização do Trabalho – um estudo comparativo França-Brasil*, Plano de estudo – Pós-doutorado – Capes, Paris XIII, Brasil, França, 2006.

_____. *Trabalho. Flexibilização e Precarização: (re)construindo conceitos à luz: de estudos empíricos*. Projeto Individual de Pesquisa-CNPq, mimeo. Salvador CRH/UFBA, 2004.

DRUCK M.G.; FRANCO, T *A Degradação do Trabalho e os Riscos Industriais no Contexto da Globalização, Reestruturação Produtiva e das Políticas Neoliberais* In: FRANCO. T (Org.) *Trabalho, riscos industriais e meio ambiente: rumo ao desenvolvimento sustentável?* Salvador: Edufba. 1997.

FIORI, J. L. *Aos condenados da terra, o equilíbrio fiscal*. Revista Praga: revista de estudos marxistas. São Paulo: Boitempo Editorial, n. 1, p. 45-53, 1996.

_____. *Os moedeiros falsos*. Coleção Zero à Esquerda, Vozes, 1997.

_____. *Globalização, hegemonia e império*. In: TAVARES, M. C.; FIORI, J. L (Org.). *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. Petrópolis: Ed. Vozes. 1997.

GRAU, A. B. NOME DO TEXTO In: SAYONARA GRILLO, Coutinho Leornado da Silva. *Transformações no Mundo do Trabalho e Redesenhos Institucionais. Trabalho, instituições e Direitos*. São Paulo: LTr, 2014.

HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, utopia e trabalho*. Londrina: Edições

CEFIL, 1999.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Estado, Instituições e Democracia*. Brasília, 2011.

MALDONADO FILHO, E. *Globalização e neoliberalismo: o surgimento do novo ou a volta ao passado?* In: CARRION, R. K. M.; VIZENTINI, P.G.F. (org.). *Globalização, neoliberalismo, privatizações: quem decide este jogo?* 2ª Ed. Porto Alegre: UFRGS, 1998.

MATTOS, F. A. M. Flexibilización de los mercados de trabajo europeos: una história más de fracaso Del modelo neoliberal. *Investigación Económica*, v. 64, n. 252, México-DF, abriljunho, 2005.

_____. *Flexibilização do Trabalho: sintomas da crise*. São Paulo: Ed. Annablume/FAPESP, 2009.

MEDEIROS, C. A. *Desenvolvimento econômico, distribuição de renda e pobreza*. In: FIORI,

J. L.; MEDEIROS, C. A. (Org.). *Polarização mundial e crescimento*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2001.

_____. *O Desenvolvimento tecnológico americano no pós-guerra como um empreendimento*

militar. In: FIORI, J. L. (Org.). *O Poder Americano*. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Employment (economic) outlook*. Paris, June, 2000.

_____. *Employment outlook*. Paris, June, 2006.

MEIRELES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

MÉSZÁROS, I. *Desemprego e Precarização: um grande desafio para a esquerda*. In: *Ministere de l'emploi, de la cohesion sociale et du logement*, 2007.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. *Boletim Estatístico de Pessoal e Informações Organizacionais do Ministério do Planejamento*. Brasília, 2016.

RUY BRAGA. *A política do precariado, do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso De Direito Constitucional Positivo*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SOLETO, Valencia Adrián. *Precariado ou proletariado?* 1. Ed. Bauru: Canal 6 editora, 2016.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2014.

O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO ENQUANTO MECANISMO DE GESTÃO PÚBLICA

Pedro Arruda Junior

Bacharel em Direito; Mestre em Direito; Doutorando pelo Programa de Pós Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF), Brasil;

pedroarrudajunior@yahoo.com.br

Joice Talita do Livramento Santos

Bacharelada em Direito pelo Centro de Estudos Superiores Aprendiz (Barbacena/MG)

joicetalitadc@hotmail.com

RESUMO

A Administração Pública ao longo da história tem passado por inúmeros avanços e retrocessos na busca por afirmação, tendo passado por três momentos distintos e de grande relevância organizacional, sendo eles o patrimonialista, burocrático e hoje gerencial, o qual se depara com a necessidade de planejamento estratégico. Por meio da metodologia de revisão bibliográfica-documental, o presente artigo tem por objetivo realizar uma análise sob a ótica jurídica e histórica na busca por compreender o papel da gestão realizada com planejamento estratégico no contexto público e como a mentalidade patrimonialista ainda interfere diretamente na gestão pública de caráter municipal a qual se justifica por tratar de tema relevante, uma vez que p assunto em questão é relevante para toda a sociedade, uma vez que se refere aos rumos tomados pela Administração Pública no que tange as estratégias de planejamento.

Palavras Chave: Responsabilidade Fiscal; Sistemas Administrativos; Planejamento Estratégico.

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui o objetivo de analisar as principais características dos modelos organizacionais do Estado e trazer o planejamento estratégico como mecanismo de gestão pública eficiente frente às diretrizes da Constituição da República de 1988.

Durante a evolução histórico-social, a gestão pública passou por grandes modelos organizacionais: patrimonialista, burocrático e gerencial. Cada qual, com suas respectivas peculiaridades e relevância.

O modelo patrimonialista é caracterizado principalmente pela ausência de distinção do patrimônio público e privado, ou seja, a convergência da res publica e res principis, sendo localizada na história nacional no período do pré-capitalismo e tinha elementos como nepotismo, corrupção, ineficiência como principais pilares governamentais.

Diante da necessidade de mudança, surgiu a Administração Burocrática que se apresentou como um recurso que tinha como objetivo fulcral acabar com o governo patrimonialista. Tal modelo de gestão era marcado por elementos como formalismo, impessoalidade e administração profissional. Além disso, apresentou inúmeras demonstrações de ineficácia, como por exemplo, o enriquecimento ilícito.

O sistema burocrático proposto por Max Weber na ideia de autoridades: tradicional, carismática e racional-legal será apresentado como elemento evolutivo da administração pública, em especial da década de 40.

Em traços evolutivos posteriores, surgiu o modelo de administração gerencial também conhecida como “Nova Administração Pública”, a qual se fortaleceu durante o governo de Fernando Henrique Cardoso e que, desde então, tem buscado vencer traços do modelo patrimonialista, tão enraizado no país.

O Planejamento Estratégico não é algo recente, já que desde o término da Segunda Grande Guerra e Bipolarização Mundial já se apresentava como indispensável. O Brasil é uma nação que nunca conseguiu se desvincular de um governo onde o nepotismo e o empreguismo vigoram, sendo esse fato visível por meio da resistência apresentada pelos gestores em relação à implantação desse planejamento, o qual se bem executado, tende a trazer grandes ganhos para a gestão.

O desenvolvimento teórico partirá dos ideais propostos por Chianetto sobre administração e se harmonizará com o princípio da eficiência administrativa trazido pela Emenda Constitucional 19 de 1998.

A análise legislativa será alvo de debate, principalmente a Lei de Responsabilidade Fiscal no que se refere aos limites legais de gastos com pessoal e as consequências advindas do desrespeito dos parâmetros e criação de passivo público. Além disso, a pesquisa abordará elementos fundamentais de análise crítica do planejamento estratégico como a LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias, LOA – Lei Orçamentária Anual e PPA – Plano Plurianual.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

FAUSTO (2012) enquanto historiador, ao analisar a trajetória política do nacional, destaca que o Brasil é uma nação ainda em desenvolvimento a qual devido a todos os seus avanços e retrocessos políticos, ligados ao período colônia, imperial, oligárquico e ditatorial populista e civil militar, ainda vem engatinhando no que tangem seu processo de redemocratização, apresentando uma notável carga patrimonialista presente nas atitudes dos representantes políticos e servidores públicos municipais.

Tanto que BRESSER-PEREIRA (2015) fala sobre os três modelos governamentais usados no país ao longo de sua história administrativa, para tanto destaca que o primeiro modelo de gestão presente no Brasil foi justamente o patrimonialista, o qual se justificava uma que o Brasil era uma colônia lusitana, que após a independência permaneceu sendo governada por membros da coroa portuguesa passando o governo a ser imperial e posteriormente ao se tornar república foi de cunho oligárquico, sendo o nepotismo uma pratica comum e culturalmente aceita naquela momento histórico, assim como usual os cabides de emprego e a confusão entre os recursos públicos e particulares dos governantes.

Com o passar dos anos e a necessidade de um modelo de gestão que substituísse o patrimonialista, Marx Weber criou um novo modelo o qual tinha por essência a gestão realizada com impessoalidade, formalidade e documentalmente, sendo os cargos públicos ocupados por meritocracia e não por indicação política, contudo devido à resistência apresentada na época, esse modelo não se mostrou eficaz além se tornar um meio de enriquecimento ilícito, dando ainda mais força para alinha patrimonialista que vigoraria durante todo o período ditatorial e pós-ditadura.(Bresser-Pereira 2015).

O autor destaca que o governo de Fernando Henrique Cardoso se apresentou como um marco, pois foi durante a gestão do mesmo que foi instalado o modelo de gestão conhecido como Gerencial.

O modelo Gerencial que ficou conhecido como "Nova Administração Publica", era um modelo que se diferenciava dos demais uma vez que partir desse momento a gestão passaria a ser mais descentralizada, passando a ser vista como uma grande empresa que prestaria serviços a seus clientes, ou seja, à população, sendo a missão dessa grande instituição chamada Estado a de criar e gerir políticas públicas capazes de atender de maneira efetiva a população. O modelo Gerencial já era conhecido desde a Segunda Grande Guerra, devido ao processo de Bipolarização sofrido pelo mundo nessa fase, contudo no Brasil foi a partir da década de 1990 que esse modelo ganhou força, sendo usado ainda hoje. (Bresser-Pereira 2015).

ARAUJO (2002) destaca que o modelo Gerencial se apresenta hoje como o mais propício para a realização de uma administração pautada no planejamento e interesses coletivo, pois não há a prevalência de interesses pessoais e sim o bem estar social.

Tanto que de acordo com SCATOLINO e TRINDADE(2017) o Estado ao longo da História passou por várias mudanças em relação ao processo de Responsabilidade a qual foi desde a Teoria de Irresponsabilidade até a Teoria de Risco Administrativo que é a mais praticada no Brasil e que defende que a população não pode ser prejudicada, devendo o Estado responder pelos atos de seus servidores. Fato que de acordo com os autores se deve à soberania estatal de maneira que cabe ao Estado o ônus de proteger os interesses da coletividade.

Contudo, é notável que muitas vezes esses ônus é muito grande precisando a gestão criar meios de atender a população por outras vias, uma vez que os serviços públicos acabam sendo ineficazes por falta de condições em atender na maneira certa a toda a população, de forma que a Administração Pública de acordo com os autores, conta com duas divisões sendo elas a direta e indireta, de maneira que a Administração Pública Direta é formada pela parte centralizada, constituídas pelos órgãos diretamente ligados ao chefe do executivo, não possuindo personalidade jurídica própria, como por exemplo as secretarias de saúde, educação e obras de um município.

Já a Administração Pública Indireta de acordo com a visão de CARVALHO (2017) são aquelas de caráter público e que seguirão os mesmos pressupostos de atuação da Administração Direta, contudo possuem CNPJ independente e dessa maneira serão descentralizadas, tendo sua criação ligada a diferentes setores, com o intuito de desempenhar diferentes papéis e serviços públicos, como por exemplo o INSS que se apresenta como uma autarquia criada para tratar de assuntos ligados a Seguridade Social, representando dessa maneira o fisco.

A Administração Indireta, será formada por Autarquias como o INSS, Fundações como a Oswaldo Cruz a qual desenvolverá atividades ligada a área de saúde, as empresas públicas que possuem capital totalmente Estatal como os Correios e a Caixa Econômica Federal e as sociedade de economia mista, como o Banco do Brasil, a qual possui capital público e também privado.

Portanto, a gestão pública no Brasil tem passado por inúmeras mudanças, na busca por um modelo gerencial que de fato norteie com efetividade os interesse coletivos, atendendo a Constituição Cidadã a qual tem como principal interesse o bem estar da coletividade e devido planejamento dos recursos públicos.

2. OS INSTRUMENTOS DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO E A RESISTÊNCIA CAUSADA PELA MENTALIDADE PATRIMONIALISTA NOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE

A administração pública, como já citado anteriormente, deve agir pautada na legislação cabível, não sendo permitido realizar ações para as quais não haja um embasamento normativo, fato que ocorre uma vez que o que é colocado em jogo são os interesses de toda a população e não apenas dos representantes políticos.

Contudo, o Brasil é uma nação que ainda apresenta grandes vestígios da gestão patrimonialista, que se espalha para todos os entes, uma vez, que conforme pode ser visto nos noticiários e por meio dos processos de improbidade administrativa, os representantes da população, ou seja, os gestores públicos confundem seu patrimônio com o da coletividade, administrando de forma equivocada das receitas destinadas à população, é agindo em interesse próprio e de terceiros.

Esse enraizamento patrimonialista e desvio de verbas públicas para interesses particulares, faz com que seja criada uma grade resistência em relação a implantação de uma gestão pautada no planejamento estratégico, uma vez que seria muito mais complexo a realização de desvios financeiros, e as finanças teriam muito mais chance se serem de fato aplicadas com efetividade.

Outro fator que merece ser citado é a falta de conhecimento de muitos gestores em relação aos Instrumentos de planejamento, não sabem aplicá-los da maneira correta, o que pode ser observado por meio dos mecanismos de controle social, como SICOM, Fiscalizando com o TCE, Portal a Transparência entre outros.

SCATOLINO e TRINDADE(2017) ao falar sobre os Instrumento de Planejamento destacam que estes se apresentando como um manual, pois são por meio deles que todos os setores realizarão suas atividades.

Na LOA, ou seja, Lei Orçamentária Anual deverá constar as Dotações Orçamentárias da Receita e da Despesa, disponíveis para lançamentos ao longo do exercício, conforme previsto na Lei 4.320/64. Esse por sua vez deve ser condizente com a LDO (Lei de Diretrizes Orçamentárias) responsável por disciplinar a maneira como o orçamento será moldado, para atender as necessidades da gestão e o PPA (Plano Plurianual) onde serão apresentado os planos e metas para os quatro anos, sendo três da gestão do idealizador e um ano da gestão subsequente.

E destacam que outro instrumento de fiscalização e funcionamento da Administração Pública está ligado às aquisições de bens e serviços uma vez que estas podem ser realizadas apenas por meio de Licitações, que são

obrigatórias e regidas pela Lei 8666/93 se apresentando por meio cinco modalidades, sendo elas Concorrência;

A lei de Licitação é categórica ao determinar que as despesas realizadas na seara pública devem ser realizadas por uma das modalidades acima citadas, uma vez que o interesse público deve sempre prezar pela impessoalidade e moralidade o que tange a realização dos tramites orçamentários e financeiros. (SILVA, 2007)

Todavia, os municípios muitas vezes não respeitam essa análise taxativa do artigo 37, XXI da Constituição Federal, realizando compras sem licitações e as quais não respeitam a Impessoalidade entre os candidatos, e o interesse público o qual deve ser soberano.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)

Quando fala-se sobre os Instrumentos de Planejamento e a resistência dos gestores em relação a execução orçamentária de maneira adequada, está pode ser verificada através dos mecanismos de controle social acima citados, entre outros de Prestação de Contas como SIOPE, SIOPEs, SICONF uma vez que por meio dos relatórios aferidos, é notável o excesso de compras sem a devida análise financeira, a qual acarretará em restos a pagar os quais irão compor a Dívida Flutuante Municipal, conforme previsto na Lei 4320/64, as quais poderão vir a também aumentar a Dívida Fundada ou Consolidada que se refere à dívida que compreende os compromissos de exigibilidade superior a 12(doze) meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financiamento de obras e serviços públicos e que dependam de autorização legislativa para amortização ou resgate.

Esse tipo de aberração gerencial ocorre devido a falta de planejamento e conhecimento dos gestores e suas equipes as quais devido a falta de realização de concursos como ingresso previsto na Constituição Federal para o serviço público acarreta uma grande rotatividade de funcionários e um significativo gasto para os cofres públicos uma vez que quando a equipe co-

meçam de fato a compreender as rotinas e legislações, os servidores são trocados, devido a questões políticas, e o processo se inicia mais uma vez, do zero.

O Patrimonialismo ainda impera sobre grande parte dos municípios do país, em especial nos de pequeno porte onde é grande a politicagem e os currais eleitorais, de maneira que o interesse público sempre é deixado em segundo plano e os Princípios que movem a Administração Pública e dessa maneira deveriam ser a bússola gerencial são ignorados, não havendo muitas vezes, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e principalmente eficiência nos serviços prestados a população.

3. PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO E A GESTÃO PÚBLICA: UMA LUTA DE EGOS.

CHIAVENATO (2015) destaca em sua obra que o meio mais inteligente de se administrar uma empresa, é jamais gastar mais do que se tem em caixa, uma vez que não se pode trabalhar partindo das hipóteses de que as coisas irão melhorar e dessa maneira pode-se gastar, com expectativa de excesso de arrecadação.

Conselho este que deveria ser seguido a risca pela Gestão Pública, a qual trabalha com arrecadações municipais, estaduais e federais a serem aplicadas com interesses públicos nas áreas de saúde, educação, assistência social, obras, esporte, cultura e a administração geral, na busca por cumprir os índices municipais e atender a população em todos os campos constitucionais.

Para tanto, ter uma gestão com planejamento é respeitar os índices, ter uma equipe qualificada e consciente de suas funções enquanto funcionários da população, ter gestões de departamentos que de fato conheçam suas atribuições, assim como saibam manusear os Instrumentos de Planejamento de maneira a gerirem suas pastas com eficácia, sabendo alocar os recursos da maneira correta.

BALDIND (2003) ao mencionar FAYOL (1965) que se destacou como um estudioso e fundador da teoria clássica da administração, ressalta que o planejamento estratégico deve ser visto como uma maneira de administrar, ou seja, um estilo administrativo escolhido por ser o mais eficiente e de acordo com Fayol existem cinco funções administrativas sendo elas: planejar (prever), organizar, comandar, coordenar e controlar, as quais ao serem somadas darão forma a um gestão efetiva.

De acordo com a autora, o Planejamento Estratégico é parte básica e essencial da gestão, não havendo meios de realizar uma administração bem sucedida, sem que haja os cinco elementos básicos do planejamento.

Analisando a visão de Fayol e Chiavenato e trazendo-as para a Administração Pública é notável que planejar, organizar, comandar, coordenar e controlar, é saber usar as receitas públicas de maneira q atender aos interesses da comunidade, sem que para tanto extrapole-se em relação as reais condições da instituição.

Uma gestão realizada de maneira racional, será capaz de manter os índices de gasto com pessoal dentro do limite prudencial, para que não hajam excessos os quais possam vir a prejudicar outros seguimentos da gestão. Haverá também condições de apuração em relação as mazelas da gestão, para que estas possam ser sanadas.

O Planejamento Estratégico quando aplicado tornará a máquina pública célere, eficiente e de fato mais igualitária, deixando para trás o histórico patrimonialista que persegue a administração municipal em tantos municípios em todo o país, uma vez que trata-se de uma máquina onde todas as engrenagens devem funcionar em harmonia.

Contudo analisando a realidade de inúmeros municípios, e levando em consideração mecanismos de controle social como o Fiscalizando com o TCE e Portais da Transparência, é possível verificar por meio de gráficos como de gastos com pessoa, percentual de gastos com educação, saúde e FUNDEB que existe uma luta de egos, pois é grande a resistência de gestores municipais suas equipes em relação a uma gestão que se baseie em planejamento e que leve em consideração os Princípios Constitucionais que norteiam a seara pública, respeitando de fato as legislações cabíveis.

Esse duelo de egos se apresenta também por meio da resistência de servidores efetivos em aderir às mudanças, querendo permanecer no achismo e ignorando que hoje a Gestão Pública deve respeitar a LRF (Lei de Responsabilidade Fiscal), a qual apresenta todo o arcabouço jurídico referente a maneira que se deve conduzir as questões ligadas à maquina pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gestão pública apesar de ser hoje de caráter gerencial ainda apresenta muitas características patrimonialistas, por meio de seus gestores e colaboradores, os quais confundem o interesse coletivo e o interesse particular, fato presente nos cabides de emprego, nas continuas reportagens de corrupção e de processos por improbidade administrativa, que ocasiona uma grande resistência em relação a uma administração capaz de atender ao devido planejamento.

Planejamento este que representa a oportunidade de realização de uma gestão efetiva, justa e célere, pois quando a administração se abre a uma

gestão que aceita e atende às normativas e aos índices, tento os Princípios compostos pela LIMPE, a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei 4.320/64, a Lei 8.666/93 entre outras, como referencia e ainda respeitam as particularidades gerenciais da seara pública, estas se tornam engrenagens capazes de se movimentar atendendo de fato aos anseios populares e também administrativos.

Vive-se em um momento dá gestão em que não é possível gerir o patrimônio público sem o devido planejamento, pois é necessário que haja previsão, organização, comando, coordenação e controle, para que não seja feito uso equivocado dos recursos públicos, sendo as receitas usadas na busca por atender o bem estar social.

É notável que ao longo da história não apenas nacional, mas mundial, a administração dos bens e interesse da coletividade passaram por inúmeros momentos conflituosos, uma vez que os governantes deixavam que os interesses particulares se sobrepusessem aos interesses e necessidades da coletividade, fato que se prolongou ao longo da história, sendo um exemplo a Revolução Francesa, onde o povo se levantou contra a monarquia da época, na luta por seus direitos de Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

No Brasil, se analisarmos a trajetória político-administrativa nacional fica evidente que nosso contexto sempre foi de exploração, sendo uma nação que ao somar-se escravidão indígena e negra, apresentou-se como uma pátria que apoiou a economia escravocrata por aproximadamente 400 anos.

E cujas Constituições Federais em sua larga maioria sempre apresentaram um texto elitista, sendo o povo deixado a deriva da realidade política nacional, de maneira que foi por meio da Constituição Federal de 1988 que começou a haver maior preocupação e interesse em relação aos interesses da coletividade, que são apresentados no artigo VI, da Carta Magna de 1988, a qual apresenta mais que os interesses sociais, mas sim os anseios de uma sociedade em efervescência que nascia do período pós ditatorial.

Contudo é notável que essa mentalidade de bem estar social ainda é recente no Brasil, estando a nação enraizada de visões egoísticas e limitadas, as quais se apresentam vivas nos municípios brasileiros, em especial dos de pequeno porte, os quais parecem não se incomodar e nem demonstrar esforço em conhecer as legislações que pautam a Administração Pública, vivendo muitas vezes a realidade patrimonialista dos primórdios da história nacional.

Agindo como se a legislação fosse feita pelos mesmos, e que não responderão por seus atos frente a justiça cabível, trabalhando como se não fosse necessário prestar contas a sociedade e como se fossem donos de seus cargos quando na verdade suas funções são temporárias e adquiridas por

meio da confiança da populações, que lhes dão um voto de confiança para que possam gerir os municípios sempre em prol da coletividade.

De maneira que o planejamento estratégico não é simplesmente uma atividade da gestão que pode ou não ser aplicada é sim uma necessidade para o êxito da mesma, pois sem realizar organograma de gestão, assim como planejamentos em relação às receitas e despesas, o gerenciamento do orçamento público tende ao fracasso.

De maneira que tratar a gestão pública com responsabilidade e respeito, visando a coletividade é ter em mente que tudo o que é feito deve ser para atender a todas as pessoas com o máximo de eficiência e responsabilidade, e que o primeiro passo para se ter êxito é gerir as contas públicas respeitando as legislações cabíveis e respeitando os elementos de planejamento financeiro e orçamentários capazes de mostrar de maneira real a saúde financeira da instituição.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Vinícius de Carvalho. *A conceituação de governabilidade e governança, da sua relação entre si e com o conjunto da reforma do Estado e do seu aparelho*. Brasília: ENAP, 2002.

BALDIN Célia. *Planejamento Estratégico: análise e caracterização de três significados assumidos ao longo da evolução conceitual*. Maringá. 2003. <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp001527.pdf>

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Edição administrativa do Senado Federal.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Da administração pública burocrática à gerencial*. Revista do Serviço público, v. 47, n. 1, p. 07-40, 2015.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo/ Matheus Carvalho - 5ª.ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.*

FAUSTO. Bores. *História do Brasil*. EUSP. São Paulo. 14. ed. 2012.

CHIAVENATO, Idalberto. *Gerenciando com as pessoas: transformando o executivo em um excelente gestor de pessoas*. 5ª. Ed. Barueri, SP: Manole, 2015.

SCATOLINO, Gustavo. *Manual de direito administrativo/ Gustavo Scatolino, João Trindade - 5ª.ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.*

SILVA, Luís Carlos da . *Efetividade do Sistema de Planejamento no Brasil: Uma análise da efetividade do planejamento no sistema orçamentário (PPA, LDO e*

LOA) - Monografia apresentada para aprovação no curso de Especialização em Orçamento Público da Câmara dos Deputados. Brasília, DF - 2007.

VASCONCELLOS FILHO, Paulo de; FERNANDES, Marcos Antônio da Cunha. *Planejamento estratégico: vantagens e limitações*. Fundação JP, v. 9, n. 12, p. 880-896, dez. 1979.

POLÍTICAS PÚBLICAS E CORRUPÇÃO: O cenário brasileiro

Marcia Leite Borges

Doutora em Ciência Política, Pesquisadora Voluntária no CIDIJUS da Universidade Federal do Rio Grande
marcia.borges.bb@hotmail.com

Racquel Nagem Daier Nogueira

Mestranda em Direito na Universidade de Coimbra. Docente de Direito Penal e Introdução ao Estudo do Direito da Universidade Estácio de Sá nos campi Cabo Frio/RJ e Macaé/RJ.
racquel.daier@gmail.com

Michel Almeida de Andrade

Pós-graduado em História do Brasil Contemporâneo. Professor de História na Estácio de Sá.
michel.professorhistoria@gmail.com

RESUMO

As políticas públicas personificam a ação do Estado na sociedade. Elas impactam diretamente os cidadãos, em todos os setores de sua vida. Pode-se dizer que, as políticas públicas são ao mesmo tempo uma conquista da sociedade, e um instrumento do Estado pelo qual ele corrige as imperfeições estruturais do sistema capitalista que geram pobreza e vulnerabilidade. Contudo, as posturas corruptas no país, tem atingido de forma intensa os a eficácia das políticas públicas herdada e reproduzida desde a colonização. Com o intuito de extinguir a gestão patrimonialista e clientelista, instaurada desde o Brasil Colônia, na década de 1930, foi realizada uma reforma para a implantação da burocracia no serviço público brasileiro. Esta reforma trouxe maior impessoalidade, formalismo e organização à administração pública, ou seja, criaram-se regras que deveriam ser seguidas no desenvolvimento do serviço público. De certa forma, hoje, coexistem no Brasil a gestão burocrática e a gerencialista. Entretanto, ainda se mantêm resquícios da gestão patrimonialista que sobrevive por ter “suas raízes nas relações de poder, na estrutura social e nos valores políticos e ideológicos prevalentes na sociedade brasileira” (MATHIAS-PEREIRA, 2013). A corrupção é cria dessa relação patológica entre o Estado e a sociedade. É possível dizer que, existe uma conexão íntima entre a ineficiência das políticas públicas e a corrupção no setor público no Brasil. Pensando nisso, o presente trabalho procura compreender: por que as políticas públicas têm sua efetividade tão afetada pela corrupção? Qual a melhor forma de combater a corrupção que se abate sobre as políticas públicas?

O método utilizado para a elaboração do artigo é a revisão bibliográfica, contemplando os autores que são referência no assunto, pesquisa em sites dos órgãos da Administração Pública que tratam da fiscalização e identificação de prática corruptas, além da legislação específica relacionada.

Palavras-chave: Corrupção; Administração Pública; Políticas Públicas.

INTRODUÇÃO

As políticas públicas personificam a ação do Estado na sociedade e impactam diretamente na rotina dos cidadãos. Elas são, ao mesmo tempo, uma conquista da sociedade e um instrumento do Estado, que auxilia na correção das deficiências estruturais do sistema capitalista que geram grandes desigualdades socioeconômicas.

O Brasil Colônia deixou de herança à contemporaneidade, uma administração pública baseada em um modelo de gestão patrimonialista, que se caracteriza, entre outros elementos, pela corrupção e ineficiência dos serviços públicos disponibilizados. Com o intuito de extinguir essa gestão patrimonialista e conseqüentemente clientelista, foi realizada, na década de 1930, uma reforma para a implantação da burocracia no serviço público brasileiro que acarretou uma maior impessoalidade, formalismo e organização à administração pública

Na segunda metade do século XX, surge a administração pública gerencial, que se utiliza de ferramentas de gestão do setor privado (com as devidas adaptações), buscando reduzir custos e ter uma gestão mais eficiente dos recursos. Porém, hoje é possível perceber a coexistência da gestão burocrática e da gerencialista, no país, com resquícios da gestão patrimonialista.

Essa resistência da gestão paternalista pode ter “suas raízes nas relações de poder, na estrutura social e nos valores políticos e ideológicos prevalentes na sociedade brasileira” (MATHIAS-PEREIRA, 2013). Uma das conseqüências desta relação patológica entre o Estado e a sociedade é a corrupção.

No Brasil, o Estado tem muitas dificuldades em incluir socioeconomicamente a parcela da sociedade mais vulnerável. Contudo, o que se observa é que a dificuldade estatal em prover o bem-estar de seus cidadãos, tem mais a ver com os vultuosos desvios monetários e com políticas forjadas para apenas beneficiar certos indivíduos, em detrimento dos realmente necessitados, do que pela dificuldade de disponibilidade de recursos financeiros. É possível dizer que, existe uma conexão íntima entre a ineficiência das políticas públicas e a corrupção no setor público no Brasil. Pensando nisso, o presente tra-

balho procura compreender: por que as políticas públicas têm sua efetividade tão afetada pela corrupção? Qual a melhor forma de combater a corrupção que se abate sobre as políticas públicas?

O método utilizado para a elaboração do artigo é a revisão bibliográfica, contemplando os autores que são referência no assunto, pesquisa em sites dos órgãos da Administração Pública que tratam da fiscalização e identificação de prática corruptas, além da legislação específica relacionada.

1. CORRUPÇÃO: CONCEITOS E ORIGENS

A palavra corrupção tem sua origem etimológica do latim, *corruptio*, que “referia-se ao cerne deteriorado de um fruto e, por analogia, retrata a podridão moral em uma determinada sociedade” (MEDEIROS, 2016, p. 1). Esse termo não apresenta uma conceituação, a definindo-o “conforme o seu contexto jurídico” (TCU, s. d., p. 12).

Na legislação penal brasileira:

[...] em sentido estrito, a corrupção se apresenta de duas formas: corrupção ativa e corrupção passiva, que respectivamente e sucintamente significam oferecer ou solicitar alguma vantagem indevida. Mas no cotidiano a corrupção é um termo guarda-chuva que abriga diversas outras condutas [...], relaciona as condutas que caracterizam o comportamento corrupto pelo ordenamento nacional e incluem tanto infrações penais quanto civis e administrativas (TCU, s. d., p. 14).

Segundo Hodess (2004, p. 11) “em termos gerais, a corrupção é o abuso de poder confiado a alguém para obtenção de ganho privado”. A corrupção pode ser, de acordo com a TI (s. d.), dividida em: grande corrupção, corrupção política, pequena corrupção e corrupção política:

A pequena corrupção

[...] se refere ao abuso cotidiano cometido por servidores públicos locais de baixo e médio escalão em suas interações com pessoas comuns. Neste caso, muito frequentemente esses cidadãos tentam acessar bens e serviços públicos como hospitais, escolas, delegacias de polícia e outras agências, mas só o conseguem mediante pagamento de determinada quantia a um funcionário público (TI, s. d.).

A corrupção privada, também chamada de comercial:

[...] aquela que não envolve o Poder Público, mas entes privados apenas. Ocorre, por exemplo, quando um funcionário do setor de compras de uma empresa privada recebe suborno para favorecer algum fornecedor também privado. Normalmente, ocorre sem o conhecimento dos superiores hierárquicos e pode resultar em grandes prejuízos às em-

presas, aos seus sócios controladores e minoritários, além de gerar distorções ao próprio funcionamento do mercado” (TI, s. d.).

Contudo, neste artigo serão trabalhadas as consequências da denominada “grande corrupção” e da “corrupção política”.

A grande corrupção, segundo a transparência Internacional (s. d.), corresponde aos:

[...] atos ilícitos praticados pelo alto escalão de governos, que distorcem políticas públicas e o funcionamento dos Estados, permitindo que líderes se beneficiem a despeito do interesse público, e também por empresários e executivos de grandes empresas privadas, com prejuízos para a eficiência da economia e ampliação das desigualdades sociais (TI, s. d.).

Ainda, segundo esta fonte, a corrupção política “se revela na manipulação de políticas públicas, interferência nas instituições e mudanças de regras na alocação de recursos e em linhas de financiamento por parte de autoridades, que abusam de sua posição para ganhar poder, *status* e dinheiro” (TI, s. d.).

Todas estas condutas “devastam a gestão governamental e consomem os resultados e os benefícios que deveriam ser dirigidos à sociedade” (TCU, s. d., p. 1).

O que se deve entender é que, essa prática tem sido reproduzida na sociedade brasileira, e suas origens remontam ao período colonial. Desde o Brasil Colônia, a administração pública se baseou em um modelo de gestão patrimonialista, onde o bem público se confundia com o privado, tendo como características a “corrupção, ineficiência, improviso, falta de profissionalismo, ausência de métodos de trabalho e falhas de planejamento. Ou seja, nada disso é interessante para o desenvolvimento de um país” (OLIVEIRA, 2016).

Bomfim (2013) exemplifica a ocorrência da corrupção desde os primórdios da colonização portuguesa no Brasil:

[...] modelo de ocupação das terras brasileiras adotado por Portugal, que favorecia a ocorrência de conflitos de interesse, pois a Coroa Portuguesa permitia, devido à baixa remuneração dos cargos públicos, que aqueles que os ocupavam complementassem sua renda com ganhos relacionados às suas atividades, estabelecendo quase sempre um conflito de interesses e uma confusão entre o público e o privado. (BOMFIM, 2013, p. 22).

Alguns relatos de navegadores no período colonial descrevem que era mais vantajoso ser saqueado em alto mar do que atracar no porto Brasileiro (no Rio de Janeiro), em função dos valores pagos por “baixo dos panos”.

A corrupção se manteve presente aos governos subsequentes, caracterizando-se por “múltiplas facetas”, ou seja, a cada época da nossa história assumiu uma feição diferente” (DIAS; PEREIRA, 2018, s. p.), mas sempre esteve lá. Como argumenta Holanda (1995, p. 146) “é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal”.

Com o intuito de extinguir essa gestão patrimonialista e clientelista, na década de 1930, foi realizada uma reforma para a implantação da burocracia no serviço público brasileiro. Esta reforma trouxe maior impessoalidade, maior formalismo e organização à administração pública, ou seja, criaram-se regras que deveriam ser seguidas no desenvolvimento do serviço público.

Na segunda metade do século XX, surge a administração pública gerencial, que se utiliza de ferramentas de gestão do setor privado (com as devidas adaptações), buscando reduzir custos e ter uma gestão mais eficiente dos recursos. Esse tipo de gestão tem mecanismos para o combate à corrupção e melhora da transparência das instituições públicas (MESQUITA, 2015).

De certa forma, hoje, coexistem no Brasil a gestão burocrática e a gerencialista. Entretanto, ainda se mantêm resquícios da gestão patrimonialista, que sobrevive por ter “suas raízes nas relações de poder, na estrutura social e nos valores políticos e ideológicos prevaletentes na sociedade brasileira” (MATHIAS-PEREIRA, 2013).

A corrupção é cria dessa relação patológica entre o Estado e a sociedade. Como explica Mathias-Pereira (2013):

É relevante destacar, nesse sentido, que numa análise feita de 71 casos de escândalos ocorridos no país, no período de 1970 a 2012, se constata que em todos eles, em maior ou menor intensidade, foram encontrados indícios da forma de gestão patrimonialista por parte dos envolvidos, em especial, dos parlamentares, autoridades do poder executivo e judiciário e servidores públicos (MATHIAS-PEREIRA, 2013).

É certo que:

A cifra negra da corrupção é altíssima. Por sua própria natureza, a corrupção é velada, camuflada e cínica. Esconde-se em conchavos, pareces e até normas. Assim, não se sabe, empiricamente, se a corrupção aumentou ou diminuiu nas últimas décadas. Porém, é certo que, pelo menos, a constatação da corrupção aumentou (CARNEIRO, 2014, p. 241).

Mathias-Pereira (2005), afirma que a corrupção não é um problema individual, ela não se alimenta do baixo grau de educação formal, por exem-

plo. A corrupção é fruto da deficiência das instituições, que falham na fiscalização e na transparência de suas ações, proporcionando um ambiente fértil para práticas e comportamentos corruptos.

O Governo Federal vem desenvolvendo ações com o intuito de combater a corrupção. Atualmente, o combate à corrupção ocorre a partir da articulação entre diversos órgãos, tais como: o Tribunal de Contas da União – TCU, a Corregedora Geral da União – CGU, o Ministério Público da União – MPU, a Advocacia-Geral da União – AGU, o Conselho de Controle das Atividades Financeiras – COAF, a Polícia Federal, entre outros (TCU, 2016).

O TCU realizando o controle externo como fiscalizador e sancionador. A Corregedora Geral da União (CGU), foi constituída como responsável pelo controle interno, realizando “atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de auditoria pública, correção, prevenção e combate à corrupção” (CGU, s. d.).

O Ministério Público “se ocupa da investigação e da promoção de ações que objetivam reprimir os crimes de corrupção, principalmente quando visa ao ressarcimento de prejuízos” (BATISTI, 2017).

O COAF, tem a responsabilidade de combater a corrupção e a lavagem de dinheiro, exercendo as seguintes funções:

Receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas;

Comunicar às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis nas situações em que o Conselho concluir pela existência, ou fundados indícios, de crimes de “lavagem”, ocultação de bens, direitos e valores, ou de qualquer outro ilícito;

Coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores;

Disciplinar e aplicar penas administrativas (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, s. d.).

A Advocacia-Geral da União é uma instituição que, “representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo” (AGU, s. d.).

A Polícia Federal tem por objetivo “exercer as atribuições de polícia judiciária e administrativa da União, a fim de contribuir na manutenção da lei e da ordem, preservando o Estado Democrático de Direito” (PF, s. d.).

Além da articulação dos diversos órgãos que constituem a Administração Pública direta e indireta, primar pela transparência nas instituições se constitui como um dos elementos principais para o combate da corrupção. Este combate tem que ser urgente tendo em vista que, a corrupção contribui em grande escala para o aumento das desigualdades socioeconômicas, principalmente quando vultuosos desvios financeiros acontecem, ou mesmo, quando políticas públicas são deturpadas com a finalidade de suprir interesses privados.

2. FALANDO SOBRE POLÍTICA PÚBLICA

As políticas públicas interferem diretamente na vida dos cidadãos, pois estão presentes nas mais diversas situações do dia-a-dia, desde educação e saúde, até a segurança do território nacional. Por esta razão, é tão importante a compreensão do que é, e o que influencia a sua formulação, implementação até chegar à avaliação da efetividade das políticas públicas.

Buscando na bibliografia, é possível identificar que o conceito de políticas públicas não é único, sendo moldado de acordo tanto com sua utilização empírica quanto teórica. O presente artigo trabalha com o conceito apresentado por Souza (2006, p. 26) que define política pública como “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação [...] e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações”.

As políticas públicas podem ter objetivos e particularidades distintas, sendo classificadas de acordo com a abrangência dos resultados. As políticas “universais” abrangem todos os indivíduos, sem distinção de grupos; “segmentais” quando direcionadas a determinados segmentos da população identificados com base num determinado fator, como a idade e o gênero; políticas “fragmentadas” quando direcionadas a determinados grupos sociais dentro dos diversos segmentos da população (TEIXEIRA, 2002).

Theodor Lowi, (apud SOUZA, 2006), desenvolveu a mais conhecida tipologia sobre política pública, afirmando que ela pode assumir quatro formatos, quanto aos impactos que podem causar aos beneficiários: políticas distributivas, constitutivas, regulatórias e redistributivas.

As políticas distributivas correspondem às decisões que o governo toma privilegiando determinados grupos sociais ou regiões e acarretando impactos individuais e não universais. As políticas regulatórias são formuladas com o intuito de criar normas, envolvendo burocracia e grupos de interesse. As políticas constitutivas lidam com procedimentos (SOUZA, 2006).

Já as políticas redistributivas correspondem àquelas que:

[...] atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuro para outros; são, em geral, as políticas sociais universais, o sistema tributário, o sistema previdenciário e são as de mais difícil encaminhamento (SOUZA, 2006, p. 29)

Como Di Giovanni (2009) descreve, as políticas públicas são características de sociedades democráticas. Neste sentido, é possível afirmar que “instituições políticas sólidas e independentes, com prerrogativas bem definidas e efetiva capacidade funcional, são fundamentais para o desenvolvimento de uma sociedade e, em especial, para o controle da corrupção” (MELO, 2010, p. 43).

Quando se trata da construção das políticas, esta envolve “formas de exercício de poder político, [...] a distribuição e redistribuição de poder, o papel do conflito social nos processos de decisão, a repartição de custos e benefícios sociais” (TEIXEIRA, 2002, p. 2). Desta forma, elas são elaboradas em meio a um ambiente de conflito caracterizado por “relações de poder, extremamente problemáticas, entre atores do Estado e da sociedade, entre agências intersetoriais, entre os poderes do Estado, entre o nível nacional e níveis subnacionais, entre comunidade política e burocracia” (RUA, 2010, p. 36).

A análise de políticas públicas pode ser definida como sendo uma atividade política e social, que se desenrola através da junção de conhecimentos provenientes de diversas áreas de estudo, com o intuito de analisar e buscar a solução dos problemas apresentados pelas políticas (BARDACH, 1989). Tal processo, envolve uma grande quantidade de atividades que estão relacionadas, de alguma forma, com a apreciação das causas e consequências da ação do governo (DAGNINO, 2004).

A formulação de políticas públicas pode ser considerada, como “a fase de elaboração de alternativas e escolha de uma delas” (VIANA, 1966, p. 13). No entanto, começou-se a perceber que os atores políticos que realizam as mediações, negociam e alteram as políticas públicas na sua formulação, continuam tendo influência na implementação, objetivando a manutenção de seus interesses (LOTTA, 2014).

A implementação pode ser definida “como um processo de apropriação de uma ideia que, nesse sentido, é consequência da interação entre a intenção e elementos dos contextos locais de ação” (LIMA e D'ASCENZI, 2012, p. 9), devendo ser entendida como um “processo autônomo onde decisões cruciais são tomadas e não só ‘implementadas’” (SILVA e MELO, 2000, p. 10). Ela tem como principais variáveis: a comunicação interinstitucional e execução de atividades (envolvem auxílios técnicos e de informação); as características das agências (tamanho e competência da equipe, hierarquia e

controle, autonomia, vitalidade); e as condições políticas, econômicas e sociais (CARVALHO, BARBOSA e SOARES, 2010).

Com relação à avaliação das políticas públicas, esta se realiza objetivando o diagnóstico e o aprimoramento da política, devendo “ser considerados, dentre outros aspectos, a forma como a política está sendo implementada, seus efeitos desejados e adversos, os principais *stakeholders*, e a forma como os recursos públicos estão sendo utilizados” (CASA CIVIL *et. al.*, 2018, p. 14).

Pode-se dizer que, a política pública é ao mesmo tempo uma conquista da sociedade, e um instrumento do Estado pelo qual ele corrige as imperfeições estruturais do sistema capitalista que geram pobreza e vulnerabilidade.

Como argumentam BEHRING e BOSCHETTI (2008, p. 92), “a política, na sua configuração recente e restrita, tem a conotação de política pública, a qual engloba a política social, ou melhor, a política social é uma *espécie* do gênero política pública”.

A política social “tem como uma de suas principais funções a concretização de direitos de cidadania conquistados pela sociedade e amparada pela lei (2008, p. 102). Ela tem “se mostrado como uma eficaz estratégia de inserção e garantia de acessos aos direitos coletivos de uma população marginalizada por nossa sociedade e que sem ela, esta parcela estaria em situação ainda mais precária do que a que se encontra” (ROSA, s. d., p. 7-8).

Como argumentam Pereira e Stein (2010):

[...] os países latino-americanos, particularmente o Brasil, são sociedades injustas que por séculos, produzem pobres e indigentes em profusão, mesmo em períodos de crescimento econômico continuado – como no período de 1950-1970. E nenhum ramo de política isoladamente pode dar conta dessa situação. (PEREIRA e STEIN, 2010, p. 126).

É aí que entra a política social, permitindo que o Estado aja para possibilitar o acesso de todos aos direitos sociais garantidos constitucionalmente.

3. IMPACTO DA CORRUPÇÃO NAS POLÍTICAS SOCIAIS

Como apresenta Chizzotti *et. al.* (2012, p. 10), “os corruptos são, basicamente, seres que desejam viver uma vida além de sua capacidade de gerar recursos, independente de quem possa ser prejudicado”. Assim, a corrupção está na contramão da eficiência das ações estatais, personificadas como políticas públicas.

As políticas públicas são instrumentos valiosos na construção e na manutenção da sociedade, pois elas se caracterizam pelas ações realizadas ou

não pelo Estado juntamente com os impactos de tais ações ou omissões (SOUZA, 2006).

No Brasil, o Estado tem muitas dificuldades em incluir socioeconomicamente a parcela da sociedade mais vulnerável. Esta dificuldade é fortemente agravada, “tendo em vista, a corrupção aqui praticada pelos atores do setor público, os quais priorizam interesses pessoais em detrimento do interesse público” (SOUZA e MACHADO, 2016, p. 113).

Desta forma, a corrupção afeta as políticas sociais, podendo minimizar sua capacidade de ação ou até inviabilizá-las, anulando seu efeito esperado (MELO, 2010). Além disso, pode ocorrer a mudança de prioridades para os recursos públicos e a implementação inadequada da política (MAURO, 1995). Além disso, não se deve esquecer que, os recursos subtraídos, seriam destinados às camadas mais pobres da sociedade:

[...] para assegurar um futuro melhor com o aumento da expectativa e qualidade de vida, e garantir o contínuo desenvolvimento social através da educação. Os corruptos atrasam esse processo pois os recursos subtraídos prejudicam o desenvolvimento de toda sociedade (CHIZZOTTI *et. al.*, 2012, p. 10).

Neste emaranhado de opiniões, teorias de discursos, o que se observa é que a dificuldade estatal em prover o bem-estar de seus cidadãos, tem mais a ver com os vultuosos desvios monetários e com políticas forjadas para apenas beneficiar certos indivíduos em detrimento dos realmente necessitados, do que pela dificuldade de disponibilidade de recursos financeiros.

Aquele jargão que se houve, no dia-a-dia, nunca soou tão real: quem desvia verba da saúde mata milhões. Se for analisada, friamente, a corrupção em seu conceito mais amplo se apresenta como o “abuso de poder confiado a alguém para obtenção de ganho privado” (TI, s. d.). Ou seja, se utiliza da confiança dedicada a si, para proveito próprio.

Como apresentado anteriormente, a política pública se processa em fases, e a corrupção consegue permeá-la em todas elas. É possível constatar posturas corruptivas, já na fase de elaboração da política, a denominada corrupção política, quando os agentes corruptos criam, de forma artificial, demandas, drenando as finanças do Estado em desfavor do bem comum (CÔELHO, 2015).

A prática mais comum é a “grande corrupção”, que “manifesta-se no instante da implementação da ação governamental, porque, nesse momento, o contato dos agentes públicos com os agentes privados se amplia, criando um ambiente propício a acordos entre as partes” (MELO, 2010, p. 51). Assim, valores que seriam disponibilizados para demandas sociais urgentes e necessárias, vão para os “bolsos” dos agentes que interagiram e negociaram a im-

plementação das políticas sociais. Estas práticas colocam em risco os resultados das políticas públicas, e no momento de sua avaliação, é provável que se constatado que a ação do Estado não conseguiu ser efetiva, ou seja, não causou o impacto esperado, quando da sua criação e implementação. A corrupção é, “comprovadamente, uma das causas decisivas da carência dos serviços públicos essenciais, da pobreza de muitos municípios e razão da penúria financeira de cidades e da miséria permanente” (CHIZZOTTI *et. al.*, 2012, p. 13).

Os efeitos são sentidos em todas as áreas da sociedade. O desvio sistemático de recursos públicos que seriam aplicados na melhoria da sociedade condena não só as cidades, mas também o país ao subdesenvolvimento econômico e social crônicos (CHIZZOTTI *et. al.*, 2012, p. 14).

A CGU realizou um estudo relacionado ao envio de recursos financeiros pelo governo federal, entre os anos de 2001 e 2004, gerenciados pelas prefeituras municipais. Foram selecionados aleatoriamente 556 municípios, com menos de 500.000 habitantes, espalhados por todo o território nacional. Foram realizadas 561 auditorias no total, que demonstrou a ocorrência de alguma postura corrupta em 63,6% dos casos analisados. Foram identificadas irregularidades em todas as áreas, inclusive de recursos destinados à educação e à saúde.

Com relação a educação, os desvios financeiros subtraem o financiamento que deveriam promover a construção de novas escolas, a acessibilidade dos ambientes escolares, a merenda escolar e a contratação e qualificação de professores. Os prejuízos causados pela corrupção neste setor irradiam para todas as áreas da vida social, inclusive a qualificação para o mercado de trabalho, que é um dos objetivos da educação segundo a Constituição Federal de 1988.

Quanto à saúde, pode-se dizer que os desvios de recursos acarretam verdadeiros desastres, quando reduz e até mesmo impede o investimento em novos hospitais, em leitos em Unidades de Terapia Intensiva, na medicina preventiva, na contratação de pessoal qualificado, na aquisição de ambulâncias, na disponibilidade de medicamentos gratuitos para doenças crônicas, entre outros diversos elementos necessários à manutenção de um sistema de saúde minimamente digno à população como um todo.

É certo que, “a endêmica apropriação privada dos recursos públicos, em todos os níveis de governo, é um obstáculo ao pleno desenvolvimento do Brasil como nação moderna” (COELHO, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção é um problema recorrente no Brasil e pode ser sentida em todos os níveis da Administração Pública direta e indireta. Suas origens remontam o Brasil Colônia e o modelo de administração paternalista que se iniciou neste período, mas que continua, em alguma medida, impregnada no seio da sociedade até os dias atuais.

As consequências negativas são inúmeras, mas os impactos mais profundos são sentidos nas populações mais vulneráveis, que dependem, em maior medida, das políticas sociais. A apropriação de recursos públicos que financiariam ações relacionadas ao direito à educação e à saúde, são as mais preocupantes, pois elas abarcam a maioria da população brasileira.

A ineficiência da política social, tem consequências de larga escala e a longo prazo. Na educação, por exemplo, a falta de investimento impactará a qualificação profissional e esta, como um efeito dominó, impelirá no desenvolvimento econômico e social do país.

As consequências da corrupção relacionada às políticas destinadas à saúde, também são preocupantes, porque, além de prejudicar a prevenção e a cura de doenças de fácil tratamento, a ação ineficiente do Estado pode representar a possibilidade de vida ou de morte de uma paciente na rede pública, que necessitaria de cuidados especializados.

Nos últimos anos, o governo vem trabalhando no combate e na repressão de ações corruptas. Sua atuação se baseia na articulação de diversos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta. Contudo, as práticas de “grande corrupção” e “corrupção política” estão relacionadas à deficiência das instituições, que falham na fiscalização das políticas desde a sua formulação. A falta de transparência nas ações do Estado também contribui de forma gigantesca para proporcionar um ambiente favorável à corrupção.

Não é possível, de fato, dizer se a corrupção está sendo reduzida com as ações postas em prática, mas com certeza a identificação dessa postura tem sido identificada mais facilmente. Então é preciso trabalhar para um Estado mais transparente, que facilite a identificação, desde o envio de recursos até a sua alocação final e promova uma maior participação da sociedade na construção das políticas sociais, identificando se estas representam a resposta aos problemas sociais, e não a mera solução de questões pessoais em detrimento do bem comum.

As políticas sociais são decisivas na superação da pobreza e das desigualdades socioeconômicas que assolam o Brasil. Assim, combater a corrupção no setor público representa não somente o resgate da credibilidade das instituições públicas perante a população brasileira e aos investidores exter-

nos, ela representa a possibilidade de garantir o acesso aos direitos fundamentais e o exercício da cidadania.

REFEFÊNCIAS

AGU - ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Competências*. [s. d.]. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/175195>.

BARDACH, E. *Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas: um manual para la práctica*. (Tradução: MACHADO, D. G). Centro de Investigación y Docência Econômicas. Ed. CID, Mexico, 1989. Disponível em: <[http://www.iapqroo.org.mx/website/biblioteca/los%20ocho%20pasos%20 para%20el%20 analisis%20de%20 politicas%20publicas.pdf](http://www.iapqroo.org.mx/website/biblioteca/los%20ocho%20pasos%20para%20el%20 analisis%20de%20 politicas%20publicas.pdf)>

BATISTI, L. *O Ministério Público e o combate à corrupção*. Ministério Público do Paraná – MPPR. 2017. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/2017/12/19830,15/O-Ministerio-Publico-e-o-combate-a-corrupcao.html>>.

BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, I. *Política social no Brasil contemporâneo: entre a inovação e o conservadorismo*. In: BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, I. (org.). *Política Social: fundamentos e história*. 5 Ed. São Paulo: Cortez, 2008.

BOMFIM, F.C.J. *O combate à corrupção nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal*. 2013. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=32718>.

CARNEIRO, R.M. *Corrupção, política públicas e efeito simbólico; uma análise das políticas públicas anticorrupção no Brasil*. Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 40, abr./jun, 2014. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/413/406>>.

CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA; MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU); MINISTÉRIO DA FAZENDA (MF); MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO (MP); INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Avaliação de políticas Públicas: guia prático de análise ex post*. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/arquivos/guiaexpost.pdf>>.

CGU - CORREGEDORIA GERAL DA UNIÃO –. *Institucional*. [s. d.]. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/sobre/institucional>>.

CHIZZOTTI, A.; GAIEVSKI, E.; OLIVA, F.; IANHEZ, J.A.; SANCHEZ, J.; CHIZZOTI, J.; VERILLO, J., REIS, M.; VIEIRA, V. *O Combate à corrup-*

ção nas prefeituras do Brasil— 5. Ed. Amigos Associados de Ribeirão Bonito. São Paulo: Cultural, 2012. Disponível em: <https://amarribo.org.br/wp-content/uploads/2018/02/cartilha_pt-5a.-edi%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

COÊLHO, M.V.F. *A raiz da corrupção*. 2015 Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/28085/artigo-a-raiz-da-corrupcao-por-marcus-vinicius-furtado-coelho>>.

DAGNINO, E. “¿Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando?” En Daniel Mato (coord.). *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004.

DI GIOVANNI, G. *As estruturas elementares das políticas públicas*. Caderno de Pesquisa NEPP/UNICAMP, n° 82, 2009

HODESS, R. *Introduction*. In: HODESS, R.; INOWLOCKI, T.; RODRIGUEZ D. & WOLFE, T. (orgs.), *Global Corruption Report 2004*. Londres, PlutoPress, 2004.

HOLANDA, S. B. de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LIMA, L.L.; D'ASCENZI, L. *Implementação de Políticas Públicas: perspectivas analíticas*. VI Encontro Nacional de Pesquisadores em Gestão Social. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://anaisenapegs.com.br/2012/dmdocuments/19.pdf>>

LOTTA, G.S. *Agentes de implementação: uma forma de análise de políticas públicas*. Cadernos Gestão Pública e Cidadania - FGV, v. 19, n. 65, Jul./Dez. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/10870/40890>>

MATHIAS-PEREIRA, J. *Patrimonialismo, corrupção e refundação da Administração Pública*. 2013. Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/artigos/patrimonialismo-corrupcao-e-refundacao-da-administracao-publica>>.

MATIAS-PEREIRA, J. *Reforma do Estado e transparência: estratégias de controle da corrupção no Brasil*. In: *Congreso internacional del clad sobre la reforma del Estado Y de la administración pública*, 7., 2002, Brasília. Anais. Lisboa: CLAD, 2002. p. 1-2. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/940A>>.

MAURO, P. *Corruption and growth*. *Quarterly journal of economics*, v. 110, n. 3, p. 681-712, 1995.

MELO, C.A.V. *Corrupção e Políticas públicas: uma análise empírica dos municípios brasileiros*. Tese de doutorado Universidade Federal de Pernambuco. CFCH, Ciência Política, Recife, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF*. s/d. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/estrutura-organizacional/conselho-de-controle-de-atividades-financeiras-coaf>>.

MPF - Ministério Público Federal. *Tipos de Corrupção*. Disponível em: <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/tipos-de-corrupcao>>.

OLIVEIRA, E.B. *O novo patrimonialismo e a nova administração pública*. 2016. JusBrasil. Disponível em: <<https://erlanderson.jusbrasil.com.br/artigos/370445915/o-novo-patrimonialismo-e-a-nova-administracao-publica>>.

PELLICANI, A.D. *O Impacto da Corrupção nas Decisões de Investimento das Firms Brasileiras de Capital Aberto* Rio de Janeiro v. 71 n. 2 / p. 195–215 Mar-Jun 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbe/v71n2/0034-7140-rbe-71-02-0195.pdf>>

PEREIRA, P.A.; STEIN, R.H. *Política social: universalidade versus focalização: um olhar sobre a América Latina*. In: BOSCHETTI *et al.* Capitalismo em Crise. Política Social e Direitos. São Paulo: Cortez. Ed., 2010. P. 106-130.

PF - POLÍCIA FEDERAL. *Missão, Visão e Valores*. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/institucional/missao-visao-e-valores>>.

RODA, K.M.R. *Política Social: a serviço de quem?* Editora PUCRS, s/d. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/sipinf/edicoes/I/22.pdf>>

RUA, M.G. *Políticas públicas*. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração UFSC - CAPES: UAB. Brasília, 2010.

SILVA, P.L.B.; MELO, M.A.B. *O processo de implementação de políticas públicas no Brasil: características e determinantes da avaliação de programas e projetos*. Caderno nº 48. Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – NEPP – UNICAMP. Campinas, 2000.

SOUZA, C. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>

TCU - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial de Combate à Fraude e à Corrupção: aplicável a órgãos e entidades da administração pública*. [s. d.]. Disponível

em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A258B033650158BAEFF3C3736C>>.

TEIXEIRA, E.C. *O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade*. 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/apdf/03_aatr_pp_papel.pdf

TI - TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Perguntas Frequentes*. [s. d.]. Disponível em: <<https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/>>.

VIANA, A.L. *Abordagens metodológicas em políticas públicas*. RAP. Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/8095/6917>>.

SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE A INTERVENÇÃO FEDERAL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Juliana Patrício da Paixão

Universidade Federal Fluminense – UFF.

Mestranda. Rio de Janeiro, Brasil.

julianapaixaoadv@hotmail.com

Leticia Lobato Anicet Lisboa

Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

Doutora e mestre em direito de empresa e atividades econômicas.

Rio de Janeiro, Brasil.

leticialalisboa@yahoo.com.br

RESUMO

O Estado do Rio de Janeiro expõe a falha estrutural na segurança pública ao acumular simultaneamente a intervenção federal e o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário em 2018. É fundamental explicar e delimitar semelhanças e diferenças entre o Estado de Coisas Inconstitucional e a intervenção federal, ambos mecanismos excepcionais de crise estrutural. A metodologia utilizada para o trabalho foi a dedutiva, uma vez que o estudo foi constituído de análises de premissas gerais para adoção de uma conclusão específica sobre as diferenças entre o estado de coisas inconstitucional e a intervenção federal. A pesquisa realizada foi de caráter documental e envolveu a análise de legislação, além de estudos doutrinários, jurisprudenciais e exame de artigos em periódicos.

Palavras-chave: estado de coisas inconstitucional, intervenção federal, federação

INTRODUÇÃO

Entre fevereiro e dezembro de 2018, o Estado do Rio de Janeiro vive uma situação extremamente excepcional. Sob o sistema carcerário, incide a vigência do estado de coisas inconstitucional declarado na ADPF 347/DF e a intervenção federal parcial reconhecida no decreto nº 9.288/18. Ambos buscam assegurar a cláusula pétrea de respeito aos direitos da pessoa humana da CRFB/88, art. 34, VII, b.

Dessa maneira, é patente a crise do modelo federativo brasileiro que demanda a aplicação desses dois mecanismos de reequilíbrio federativo para a

superação da falha estrutural na democracia participativa. Nesse sentido, a presente pesquisa busca explicar e delimitar as semelhanças e diferenças entre o estado de coisas inconstitucional e a intervenção federal ao efetivar os direitos de cidadania.

1. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

1.1 O surgimento do Estado de Coisas Inconstitucional a partir de Constituições de Mescla

Inicialmente, observa-se que a expressão Estado de Coisas Inconstitucional foi cunhada pela jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana (PAIXÃO, 2017, p. 52). No entanto, o procedimento com medidas estruturais de transformação do Estado de Coisas Inconstitucional já existia em outros tribunais mundiais independentemente do seu sistema de governo, notadamente nos EUA no precedente *Brown v. Board of Education of Topeka*. (GARAVITO, 2010, p. 17)

Diante da Constituição de Mescla (GARGARELLA, 2018), são observados problemas estruturais, que se revestem, via de regra, como deficiência dos ciclos de formação e execução de políticas públicas causadas pelas tensões do pacto liberal-conservador. A falta de unidade no projeto constitucional gera a sua disfuncionalidade que se concretiza na falha estrutural, conceituada a seguir:

Graves e sistemáticas violações de direitos são originadas e agravadas por falhas estruturais nos procedimentos de desenho, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas. Essas falhas têm raízes¹ em prolongadas omissões dos agentes e autoridades públicos, em limitações das políticas públicas correspondentes, na falta de medidas administrativas, legislativas ou orçamentárias voltadas na superação dos problemas de direitos. (CAMPOS, 2016, p. 93)

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional foi desenvolvida pela jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia para solucionar casos estruturais de prolongado fracasso de políticas públicas e suas consequentes violações de direitos fundamentais. Dessa forma, notava-se a incompatibilidade entre as estruturas de poder da parte orgânica da Constituição na omissão em políticas públicas oficiais ao longo dos anos e os parâmetros da parte dogmática da Constituição na promoção da inclusão social, igualdade material e proteção da dignidade da pessoa humana.

Portanto, havia um claro bloqueio do processo político ou institucional que impedia que o litígio estrutural, que afetava um amplo número de

¹ A metáfora da árvore explica o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional e indica as causas da falha estrutural (raízes do problema estrutural), bem como as fases *del diseño* (ou fase da poda), *implementación, de seguimiento y la evaluación* (ou fase de monitoramento). PAIXÃO, Juliana Patricia da. *Estado de Coisas Inconstitucional: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 92.

peças sofredoras de violações de direitos humanos, fosse resolvido por ausência de vontade política e ineficiência da estrutura administrativa.

Por isso, diferentes autores conceituam Estado de Coisas Inconstitucional de modo a relacionar três causas e duas consequências da existência desse fenômeno:

Verifica-se que o chamado Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando há cumulação de um contexto fático de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais agravado pelo fracasso absoluto das políticas públicas e causado pelo bloqueio de todos os processos institucionais, políticos, deliberativos previstos pela Constituição para a solução da questão. Logo, deve haver a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em transformar a realidade de modo a solução só possa ser encontrada através da atuação conjunta e coordenada de diversos setores da Administração Pública e a prorrogação da jurisdição pela Corte Constitucional. (PAIXÃO, 2017, p. 46)

No mesmo sentido, trata a doutrina contemporânea latino-americana sobre a omissão estatal:

Definimos los casos estructurales como aquellos que 1. Afectan a un gran número de personas que por sí mismas o mediante organizaciones [...] alegan violaciones de sus derechos; 2. Involucran a varios órganos públicos, responsables de las fallas persistentes de la política pública que contribuyen a esas violaciones de derechos, y que 3. Implican requerimientos judiciales de carácter estructural, es decir, ordenes de cumplimiento obligatorio por las cuales los tribunales instruyen a esos organismos públicos para que actúen de forma coordinada a fin de proteger toda la población afectada y no solo a los demandantes específicos del caso. (GARAVITO, 2015, p. 25)

Segundo o autor brasileiro Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o estado de coisas inconstitucional poderia ser reconhecido pela Corte Constitucional como litígio estrutural quando estivessem presentes os seguintes pressupostos: a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

1.2 Os diálogos entre as ordens

No transconstitucionalismo, as diversas ordens jurídicas atuam em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Pelo “diálogo entre as ordens”, são observadas as conversações constitucionais que a aprendizagem com os outros ordenamentos jurídicos com o fim de prolar e executar

uma decisão judicial mais justa e legítima. No constitucionalismo multinacional, circulam os modelos de uso persuasivo de jurisprudência estrangeira em razão dos valores que lhes são comuns. (MORAES, 2015, pp. 2, 24 a 27)

No modelo de incorporação, há a absorção da jurisprudência de um tribunal constitucional por outro, utilizando-a no julgamento de sua própria questão constitucional. Claramente, houve a incorporação da jurisprudência colombiana do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 397 MC/DF no informativo do STF nº 798 em que “trata-se de um conceito importado da Corte Constitucional Colombiana [...], existe um conjunto de ações e omissões notórias que fazem com que se tenha esse estado de generalizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema.”

2. INTERVENÇÃO FEDERAL

Segundo Guilherme Peña de Moraes, a intervenção federal é o procedimento político-administrativo de afastamento temporário² e excepcional³ da autonomia política⁴ da entidade federativa com fundamento em hipóteses de cabimento enumeradas taxativamente na Constituição da República. (MORAES, 2016, p. 370) É fundamental técnica constitucional de mecanismo de estabilização de crise federativa, impregnada de múltiplas funções de ordem político-jurídica, destinada a tornar efetiva a intangibilidade do vínculo da federação, respeitar a integridade territorial das unidades federadas, promover a unidade do Estado Federal e preservar a incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Lei Fundamental.

Segundo José Afonso da Silva, os pressupostos materiais ou de fundo da intervenção federal “constituem situações críticas que põem em risco a segurança do Estado, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e a estabilidade de ordem constitucional” (SILVA, 2009, p. 485).

Dessa maneira, é “um instituto típico da estrutura do Estado Federal, repousa a intervenção federal no afastamento temporário da atuação autônoma da entidade federativa sobre a qual a mesma se projeta” (MORAES,

² A ideia de temporariedade significa que não é vitalício nem perpétuo. Logo, fixa-se um prazo determinado ou quando cessarem as causas.

³ Além da temporariedade, há a característica da intervenção federal a excepcionalidade. “O caráter excepcional denota que a intervenção federal é subordinada a pressupostos materiais e requisitos formais esboçados no texto constitucional, eis que o procedimento argumentativo corresponde à exceção ao princípio da não intervenção de uma unidade da federação em outra.” MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 372

⁴ Autonomia política é a capacidade de se autodeterminar conforma a sua vontade, notadamente autogoverno, auto-organização e autoadministração. Segundo José Afonso da Silva, “a intervenção é o ato político que consiste na incursão da entidade interventora nos negócios da entidade que a suporta.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484.

2005), segundo Humberto Peña de Moraes. Michel Temer afirma que a intervenção federal é uma característica de conservação da Federação. (TEMER, 2008)

No federalismo cooperativo ou de integração (LEWANDOWSKI, 2018, p. 33), Ricardo Lewandowski aponta que a intervenção federal é o ato político ou de governo, com ampla discricionariedade do Presidente da República, para fins constitucionalmente pré-ordenados, sujeitando-se ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário e ao controle político pelo Poder Legislativo.

a. Das intervenções brancas até a intervenção federal na CRFB/88

A intervenção federal, como instituto jurídico-constitucional, está expresso em todas as cartas republicanas, desde a Constituição de 1891, como *guarantee clauses* do direito norte-americano e execução federal do direito germânico. (DUARTE, 2011)

A Constituição de 1988 reduziu bastante a margem de discricionariedade das autoridades interventoras ao descrever taxativamente os pressupostos materiais no artigo 34. Esse rol elencado apontava, teoricamente, um novo deslocamento do movimento pendular na federação em direção à descentralização, favorecendo os Estados e os Municípios.

No entanto, foram observadas diversas ingerências do governo central em unidades federadas durante a vigência da CRFB/88:

O ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, no ano de 1997, interveio em Alagoas, na área econômica, por meio de um acordo político, ocasião em que indicou um interventor para administrar as finanças do Estado. Idêntica situação ocorreu no Espírito Santo, em 2001. [...] Depois desses dois episódios, as interferências nos Estados tornaram-se mais explícitas, sob os mais diversos pretextos, em especial o da criminalidade. [...] Teve como fundamento a garantia da lei e da ordem, a que alude o art. 142 da Carta Magna, com emprego ostensivo das Forças Armadas. Durante a realização da Copa do Mundo e das Olimpíadas no Brasil, por exemplo, tropas federais foram largamente utilizadas para complementar a atuação das polícias civil e militar dos Estados.” (LEWANDOWSKI, 2018, p 98.)

Nesse contexto, a intervenção não foi formalizada mediante um decreto, como prevê o texto constitucional. Ocorreram verdadeiras “intervenções brancas” com a anuência das autoridades estaduais. A decretação da intervenção federal foi, muitas vezes, evitada por causa da sua limitação circunstancial ao poder constituinte derivado reformador na CRFB/88, art. 60, parágrafo 1º.

Gustavo Sampaio Telles Ferreira analisa esse fenômeno jurídico à luz do regime constitucional de repartição de competências:

O regime constitucional de repartição de competências entre as três esferas governamentais, mormente no que se refere à partilha de alçadas administrativas entre a União, os Estados e os Municípios, não favorece o desempenho de mecanismos ideais de cooperação institucional entre os dois últimos, com reflexo no enfraquecimento do poder do qual os governos das maiores cidades devem contar para o equacionamento mínimo das políticas públicas hábeis à resolução dos problemas locais. (FERREIRA, 2012, p. 298)

No dia 18 de fevereiro de 2018, foi formalizada a intervenção federal parcial da União no Estado do Rio de Janeiro, no decreto nº 9.288/18 assinado pelo presidente Michel Temer, restrita à área de segurança pública do Rio de Janeiro, em que foi nomeado interventor o general de Exército Walter Souza Braga Netto. Ainda que o interventor seja militar das Forças Armadas, a intervenção federal continua com natureza eminentemente civil.

CONCLUSÃO

O estado de coisas inconstitucional e a intervenção federal se aproximam ao buscar o respeito aos direitos da pessoa humana na CRFB/88, art. 34, VII, b, como mecanismo de estabilização para a crise federativa. Ambos dotados de temporariedade e excepcionalidade. O estado de coisas inconstitucional é temporário, pois perdura até a superação da falha estrutural. A intervenção federal possui prazo determinado expresso no decreto ou permanece até o quando cessarem as causas do problema.

Observa-se que o estado de coisas inconstitucional é o controle de constitucionalidade, exercido pela Corte Constitucional, composto por duas fases. A primeira fase se caracteriza pelo controle de constitucionalidade abstrato em que a Corte analisa a hipótese dos autos e declara a existência de falha estrutural e, conseqüentemente, a vigência do Estado de Coisas Inconstitucional. A segunda fase é composta pelo monitoramento das diretrizes estabelecidas na sentença estrutural. Dessa forma, consolida o controle de constitucionalidade concreto coletivo e individual na medida em que examina a realidade fática e indica a solução constitucionalmente adequada para a violação de direitos fundamentais. Já a intervenção federal pode ser o controle de constitucionalidade na hipótese de deflagração por representação interventiva ou ação direta de inconstitucionalidade interventiva. É uma modalidade de controle de constitucionalidade concreto e concentrado para um conflito federativo.

Quanto às diferenças, observa-se que o estado de coisas inconstitucional está no bloco de constitucionalidade como um remédio constitucional para falhas estruturais constitucionais. Já a intervenção federal está expressamente prevista na Constituição de 1988, bem como em todas as anteriores republicanas.

O estado de coisas inconstitucional pode ser no âmbito federal e estadual, seguindo a mesma lógica de competência do controle de constitucionalidade. A intervenção federal pode acontecer nas esferas federal, estadual e municipal.

O estado de coisas inconstitucional não impõe nenhum limite ao poder constituinte derivado reformador. A elaboração de uma emenda constitucional pode ser, até mesmo, uma das soluções para o problema estrutural. Já a intervenção federal possui expressamente na CRFB/88, art. 60, parágrafo 1º uma limitação circunstancial ao poder constituinte derivado reformador. Desse modo, não é possível a edição de emendas constitucionais no período de vigência da intervenção federal.

A maior diferença entre o estado de coisas inconstitucional e a intervenção federal reside na autonomia federativa. O estado de coisas inconstitucional fortalece a autonomia federativa de modo a estimular a cooperação entre os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), a Administração Pública e a sociedade civil e efetivar a democracia participativa. Os autos do estado de coisas inconstitucional corporificam o processo dialógico e o próprio equilíbrio fundamental entre o constitucionalismo e a democracia. Assim, o “constitucionalismo popular mediado” pela Corte Constitucional permite que mecanismos de controle popular através da opinião pública discutam a efetividade das decisões implementadas em uma rede de diálogos e pressões populares. Já a intervenção federal rompe a autonomia federativa. Não favorece o desenvolvimento de mecanismos de cooperação institucional. Expõe o enfraquecimento do poder estadual que não consegue desenvolver o equacionamento mínimo das políticas públicas hábeis à resolução dos seus problemas estruturais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 45. Disponível em:

<<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180/pdf>> Acesso em: 16 jul. 2019.

BARROSO, Luis Roberto, MELLO, Patricia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Forum, 2018.

BELTRÁN, Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*. 2016. 382 f. Tese (Doutorado em Direito e Ciência Política) - Universidad Autónoma de Madrid, Madri, 2016.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 397 MC/DF. Rel Min Marco Aurélio. Data de publicação no DJE e no DOU: 14/09/2015. Info 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei n. 8058/2014 Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=Tramitacao-PL+8058/2014> Acesso em: 20 dez. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Estado de Coisas Inconstitucional*. IN BARROSO, Luis Roberto, MELLO, Patricia Perrone Campos. *A República que ainda não foi*: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Forum, 2018.

_____. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-camposestado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 31 jul. 2019

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-760/2008. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>> Acesso em: 15 jun 2016.

_____. Decreto n° 2.591 de 10.11.1991. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>> Acesso em: 20 out. 2015.

DUARTE, Fernanda, IORIO FILHO, Rafael Mario. *Democracia e reordenação do pensamento jurídico*: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional+-+FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+\(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional+-+FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011).pdf)> Acesso em: 26 out. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf> Acesso em: 25 out. 2018.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social*: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 17. Disponível em:

<http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf> Acesso em: 21 ago. 2018.

GARAVITO, César Rodríguez. FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión*: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veinteuno Editores, 2015.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas*: entre lo viejo y lo nuevo. Disponível em: <http://nuso.org/media/articulos/downloads/5.TC_Gargarella_258.pdf> Acesso em: 21 ago. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (org). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito*: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. REVISTA GV, São Paulo: FGV, v. 15, n. 2, jul. 2019. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1916.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2019.

MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo Multinacional*: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. *Justiça Constitucional*: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Humberto Peña de. *Do processo interventivo, no contorno do Estado federal*. IN Tavares, André Ramos. LENZA, Pedro. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (coord.). *Reforma do Judiciário*: Emenda Constitucional n. 45/04. São Paulo: Método, 2005.

PAIXÃO, Juliana Patricio da. *Estado de Coisas Inconstitucional*: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. *Os direitos humanos nas Constituições de Mescla e o Estado de Coisas Inconstitucional*. XX. SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, IV, 2018, Universidade Federal Fluminense. Anais do Grupo de Trabalho III do IV SIDHF. Rio de Janeiro. Disponível em:

<https://drive.google.com/drive/folders/1h2_r3tth1ESz5siGebcwX92nWCrTMsZn> Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 736/2015. Altera as Leis n° 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Disponível em:

<[596](https://legis.senado.leg.br/sdleg-</p></div><div data-bbox=)

getter/documento?dm=4232374&ts=1543014208002&disposition=inline>
Acesso em 20 dez. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Estado de Coisas Inconstitucional e bloqueios institucionais*: desafios para a construção da resposta adequada. Disponível em:

<https://www.academia.edu/28292982/ESTADO_DE_COISAS_INCONSTITUCIONAL_E_BLOQUEIOS_INSTITUCIONAIS_DESAFIOS_PARA_A_CONSTRUCAO_DA_RESPOSTA_ADEQUADA> Acesso em: 20 dez. 2018.

Eixo temático 08



**GESTÃO
AMBIENTAL
E QUALIDADE DE VIDA**

ACÇÕES SOCIOAMBIENTAIS PARA A PROMOÇÃO DA JUSTIÇA AMBIENTAL: Instrumentos necessários em meio ao crescimento industrial exacerbado e seus riscos ambientais

Gleice Clara Araújo Lírio

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Graduada em Ciências Biológicas, Rio de Janeiro, Brasil,
gleice2525@gmail.com.br*

Laura Magalhães de Andrade

*Universidade Federal Fluminense, Doutoranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN). Mestre em Direito e Políticas Públicas (UNIRIO), Rio de Janeiro, Brasil,
lauramagalhaes.adv@gmail.com*

RESUMO

A sociedade em busca de um desenvolvimento sustentável tem como característica a consonância com políticas públicas que unem meios ambientais, sociais e econômicos. Entretanto, indústrias exploradoras de recursos naturais usam como base em tomadas de decisão a economia, o que acarreta em problemas como a falta de equidade na apropriação e distribuição dos recursos naturais e impõe a necessidade de participação dos atores sociais e ambientais. Sendo assim, parte-se da hipótese de que o diálogo social entre as empresas e a comunidade que a cerca é de extrema importância, porém pouco ou mal estruturada; ademais, acredita-se que a participação dos atores sociais, notadamente na era digital, pode auxiliar na implementação de uma gestão participativa. Tem-se, desse modo, como objetivo geral neste trabalho, compreender quais seriam as formas de atuação de instituições socioambientais. Espera-se, por fim, fomentar a participação cidadã em espaços democráticos de gestão dos recursos naturais, de forma a promover a justiça ambiental.

Palavras-chave: Direito ambiental; Justiça ambiental; Desenvolvimento sustentável; Gestão participativa.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a abordar a atuação das empresas na promoção efetiva do desenvolvimento sustentável e o papel da participação popular

neste processo, ao passo que o desenvolvimento econômico, como forma de alcançar uma sociedade sustentável, deve estar em consonância com as políticas públicas que visam à união dos meios ambientais, sociais e econômicos, surgindo então uma nova forma de gestão e planejamento do território e seus possuidores. No entanto, historicamente, o desenvolvimento sustentável não teve como base e prioridade a manutenção do meio ambiente e de seus recursos, mas sim a economia, sendo esta um parâmetro para determinar a qualidade deste desenvolvimento. Como resultado, a sociedade vigente sofre com as consequências deste tipo de ação e perdem a voz decorrente da sua falta de estrutura, que a faz se submeter ao poderio econômico das empresas, já que se veem submersas em problemas como falta de educação básica, saúde precária e violência.

Desse modo, parte-se da hipótese de que o diálogo social é de extrema importância para haver uma compreensão dos fatos que acarretam a implementação de qualquer empreendimento, que tenha como objetivo usufruir dos recursos naturais de um território, sabendo-se que o meio ambiente, bem de uso comum do povo, como preceitua a carta magna brasileira, art. 225, resulta em várias fontes de conflitos, pois os recursos naturais estão integrados em espaços interconectados, nos quais as ações de um indivíduo ou grupo podem gerar efeitos inesperados em áreas até distantes do ponto de intervenção. Daí se depreende que a ausência de equidade na apropriação e distribuição dos recursos naturais impõe a necessidade de participação dos atores sociais, como ONGS, órgãos governamentais das três esferas federativas, pesquisadores, entre outras instituições, sejam elas sociais ou ambientais, a fim de ajudar no fortalecimento da população local e assim no desenvolvimento de gestão mais participativa dos recursos naturais.

Tem-se, desse modo, como objetivo geral neste trabalho, compreender quais seriam as formas de atuação de instituições socioambientais que se comprometem a trazer a sociedade para as questões ambientais e assim exercerem a justiça ambiental. Como objetivos específicos, (i) verificar o que prevê a legislação brasileira sobre a participação; e (ii) entender quais as ferramentas de maior potencialidade para lidar diretamente com problemas socioambientais gerados com má gestão de empreendimentos exploradores de recursos naturais e, conseqüentemente, compreender as dificuldades para as suas implementações e formas de superação.

Para tanto, foram utilizados os métodos descritivo e jurídico-doutrinal, dentro de uma pesquisa qualitativa e exploratória. Finalmente, acredita-se que, com este trabalho, as ações socioambientais aqui analisadas possam ser mais valorizadas e expandidas, com intuito de reproduzir estas ferramentas de apoio socioambiental em localidades em que exercer a justiça ambiental é uma grande dificuldade por parte de instituições pouco valorizadas ou que não possuem nenhum apoio institucional ou governamental. Es-

pera-se, por fim, fomentar a participação cidadã em espaços democráticos de gestão dos recursos naturais, de forma a combater a injustiça ambiental.

1. A PARTICIPAÇÃO COMO ELEMENTO ESSENCIAL NA GESTÃO DO MEIO AMBIENTE: PRINCIPAIS ASPECTOS NORMATIVOS

Em uma sociedade capitalista, há classes divididas em conflitos claros e interesses divergentes. Tais conflitos e interesses deslocam-se também para a questão socioambiental, de domínio sobre todos os bens naturais em prol do desenvolvimento econômico, de um lado, e da necessidade de preservação ambiental para a garantia do futuro das próximas gerações, do outro. O mercado estimula a maximização de consumo, de riquezas e de lucro, em contraposição a uma sociedade pautada na concentração de renda e a exploração de mão de obra. Das desigualdades sociais, emergem ideias de cooperação entre as partes, de relação e, sobretudo, de participação democrática, na qual a educação e a participação se apresentam como instrumentos de transformação de pensamentos e atitudes.

Nesse prisma, a formação do indivíduo perpassa, dentre outros fatores, por sua consciência enquanto ser pertencente a uma comunidade, seja ela local, regional e até mundial. Ademais, a construção dessa consciência ambiental perpassa pelo processo de participação, em que há a oportunidade de serem trabalhados os valores de cidadania, cooperação e de sensação de pertencimento a um todo.

Ademais, os espaços públicos evidenciam uma complexidade para a consecução de estratégias de gestão, no sentido de que devem ser avaliados seus aspectos naturais, de equipamentos urbanos, logística, conservação, segurança e de todos os *stakeholders* envolvidos. Sopesando todos esses caracteres, a proposição de alternativas que as envolvam garante a efetividade de políticas públicas, ao passo que, em um Estado Democrático de Direito, os anseios populares e a preservação do meio ambiente em que vivem devem ser a mola propulsora de qualquer ação política.

Nesse cenário, a qualificação de uma ação como efetivamente sustentável perpassa pela ideia de que os gestores públicos devem propor e implementar políticas públicas que tenham em vista a utilização dos recursos naturais sob a ótica da economicidade, preservação, eficiência e participação dos diretamente envolvidos, de forma que se atinja a satisfação das reais necessidades da presente geração e se garanta a perpetuação dos espaços para as gerações futuras, em consonância com o ideário da sustentabilidade.

A interação de todos os envolvidos em prol de questões ambientais é consentânea da Constituição da República do Brasil de 1988, em que o meio ambiente, bem de uso comum do povo, deve ser protegido pela sociedade e

pelo poder público, tal como preconiza a Carta Magna em seu artigo 225. Partindo-se dessas premissas, as questões ambientais que se colocam frente à humanidade no século XXI apontam a necessidade de uma atuação intersetorial, aberta à participação e à contribuição dos mais diversos setores. E, para isso, esta seção vem discorrer sobre a participação como elemento essencial para que a injustiça ambiental seja combatida.

1.1 A participação cidadã na Constituição da República de 1988 e sua relação com a proteção ambiental

A Constituição da República de 1988 é um marco na evolução da participação popular. Apelidada de Constituição Cidadã, cuida do tema em vários de seus artigos. A expressão cidadania aparece logo no art. 1º da CR/88, que assim dispõe:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito federal, constituiu-se em estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- A soberania;

II- A cidadania;

III- A dignidade da pessoa humana;

IV- Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- O pluralismo político;

Parágrafo único - Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Preconizada como fundamento da República Federativa do Brasil, a cidadania ganhou no ordenamento constitucional brasileiro uma conotação ampla, tendo por característica a universalidade e a indivisibilidade. Isto pode ser facilmente percebido quando se refere, por exemplo, às crianças. Elas não são cidadãos no sentido restrito da palavra, isto é, não votam. No entanto, a elas são garantidos os direitos inerentes à cidadania. O direito a ter um registro de nascimento, o direito a ter saúde, educação, moradia. O direito de ser respeitada em sua individualidade.

O art. 5º da CR/88, por seu turno, apresenta-se como um quadro de direitos básicos e fundamentais, uma gama de garantias ao pleno exercício da cidadania. Neste diapasão, o legislador constituinte não só manteve garantias já conquistadas como o *habeas corpus* e a ação popular, como acrescentou outras, podendo ser citado o *habeas data*.

Em seu sentido original e restrito a cidadania tem espaço no artigo 14 da Constituição, que a traduz no sentido de soberania popular:

A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I- Plebiscito;

II- Referendo;

III- Iniciativa popular;

Ao consagrar a soberania popular, conferiu-se o sufrágio universal exercido pelo voto direto e secreto. Não há que se confundir sufrágio com voto. Sufrágio é o direito, o voto é o exercício desse direito de participação política. Ademais, tem o voto por características ser secreto, direto, universal e com valor igual para todos. No Brasil, diferente de épocas remotas, aboliu-se o sufrágio restrito (censitário ou capacitário). Ao consagrar a universalidade do sufrágio reconheceu-se a todos os nacionais, independente do grupo ou classe a que pertence ou da sua qualificação, ou do sexo, o direito de participar ativamente da vida política.

Ao estipular que o voto é direto, consagra-se o princípio da imediatividade do voto, o que impõe que o eleitor vote sem que haja mediação por terceiros, como colégios eleitorais. O voto direto também pressupõe ter caráter personalíssimo, o que implica na impossibilidade de ser exercido por procuração. Única exceção é a prevista no art. 81§ 1º da CR/88 que preconiza:

Art. 81. Vagando os cargos de Presidente da República e Vice- Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º - ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da Lei.

§ 2º - Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores;

O voto secreto, por seu turno, vincula-se à ideia do voto livre, impedindo que o eleitor sinta-se pressionado a votar em um ou outro candidato. Necessário se faz o respeito às escolhas do cidadão. Destaca-se, ademais, a obrigatoriedade de participação popular na composição dos conselhos municipais, estaduais e federais voltados à fiscalização da saúde, da educação, dos direitos da criança e do adolescente, da obrigatoriedade das audiências públicas, demonstrando a preocupação do legislador constituinte em oportunizar ao cidadão o direito de participar da condução das políticas públicas. Nesse sentido, leciona Kildare Gonçalves Carvalho (2006, p. 462):

A Constituição considera, desta forma, o estágio atual de evolução da vida dos povos, para admitir que a ideia de cidadania não se acha restrita ao cidadão eleitor, mas se projeta em vários instrumentos jurídico-

políticos imprescindíveis para viabilizá-la. Cidadania significa, nessa perspectiva, participação no Estado Democrático de Direito.

Verifica-se, pois, que o voto é apenas uma etapa do processo de cidadania. Todas as vezes que um cidadão se posiciona frente à atuação estatal seja criticando, seja apoiando, seja sugerindo determinada medida está aprimorando a ideia de democracia e realizando um exercício de cidadania, já que com esta se vincula.

Finalmente, o *caput* do art. 225, por si, preconiza a atuação dos atores sociais e, nesse passo, a participação de todos, para que se garanta o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ademais, no § 1º do mencionado artigo, tem-se a Educação Ambiental voltada para a conscientização cidadã como ferramenta de efetividade do aludido direito. Desse modo, a participação voltada à sustentabilidade deve ter como base a educação ambiental formadora e transformadora, a fim de se tenha uma gestão participativo-interativa, tema que será objeto de apreciação na subseção a seguir.

1.2 A gestão participativo-interativa no Brasil e sua contribuição para a sustentabilidade

A sociedade e a política passam por reconfigurações mediatizadas por espaços digitais. É um contexto bastante novo envolvendo as tecnologias da informação e da comunicação (TICs), mais especificamente a internet. A internet é utilizada, desse modo, tanto pelo governo como pela sociedade, dada sua característica de comunicação em massa. O processo de participação democrática, nesse passo, guarda alguns paradoxos, por ser algo que eminentemente gera conflitos. Demo (2001, p. 53) diz que “participação que funciona é aquela que dá problema” e isso se deve ao fato de que a participação envolve diferentes interesses, assimetria de informações e disputa por espaço, poder e recursos.

Quando se observa algum processo participativo absolutamente tranquilo, questionamentos surgem quanto a sua real efetividade. Nesse sentido, Nogueira (1999) argumenta que as práticas participativas perderam seu vigor e foram incorporadas ao processo de gestão como mais um recurso em uma lista que envolve, por exemplo, tempo, pessoas, materiais e recursos financeiros. Tal condição compromete o real sentido da participação democrática, que perde um caráter emancipatório e inovador e passa a ser elemento legitimador de um dado modelo de gestão.

Com o advento da sociedade da informação, portanto, ocorre uma reconfiguração das práticas participativas. A internet que foi “desenvolvida para

a guerra, democratizada por hackers e absorvida pelo mercado” carrega em si grande potencial de fortalecimento democrático (SAMPAIO; BARROS, 2011, p. 87). Ou seja, a participação democrática, por si só, promove uma maior proximidade na relação entre governo, empresas e sociedade. Oportuniza-se, assim, uma porosidade ainda maior, pela repercussão que a internet confere aos processos interativos. Trata-se de uma “abertura” do Estado para o cidadão que tende a fortalecer a própria democracia.

A questão da sustentabilidade em inovações é, em geral, tratada através de análise de processos bem-sucedidos de desenvolvimento de políticas públicas que perdurem no tempo, para além dos fatores que favorecem sua adoção na gestão pública. Nesse passo, para Alberti e Bertucci (2006, p. 11), a sustentabilidade ocorre quando a inovação passa a ser institucionalizada, em vez de estar ligada em uma pessoa em particular. Sobre os fatores que contribuem para a sustentabilidade da inovação, os citados autores afirmam que, uma vez identificada a forma como uma inovação é trabalhada, de modo a minimizar riscos, ela pode ser utilizada em maior escala, sendo muitas vezes aperfeiçoada e expandida.

Para tanto, podem ser considerados como fatores essenciais para um ambiente fortalecedor da utilização da inovação, como ferramenta de gestão ambiental, a existência de uma liderança efetiva e qualificada a acompanhar as mudanças tecnológicas necessárias; a construção de uma cultura organizacional de suporte para a implantação das mudanças; o aprimoramento do trabalho em equipe e a formação de parcerias entre os *stakeholders*; o monitoramento da implementação de ferramentas inovadoras, como a utilização de redes sociais em pesquisas de satisfação, por exemplo; a troca de conhecimento e a participação nessas redes; e a construção da confiança e da legitimação necessárias para a manutenção de tais práticas.

Nesse contexto, deve ser considerado que para se sustentar iniciativas de mudanças é fundamental que haja uma permanente interação e comunicação entre os envolvidos, até para que se conquiste a credibilidade das práticas implementadas. Córdazar (2006, p. 48-49) entende que as ações que compõem a prática inovadora resultam do desempenho e do planejamento dos que iniciaram, mas as direções que essas ações tomam são um retrato da intervenção social e sofrem influência das estruturas institucionais e comportamentos aos quais todos os envolvidos estão imersos, entre fatores políticos, sociais e ideológicos.

Daí se depreende a tamanha complexidade em se implementar ações inovadoras que sejam sustentáveis, por ser um processo dinâmico e que envolve a interpretação cognitiva, bem como a reformulação e a avaliação do conjunto de informações pelos agentes. Esta passa a ser uma fonte de aprendizagem que provém dos contatos dos gestores dos espaços públicos com os

usuários e, nesse aspecto, as organizações privadas apresentam vantagens em relação aos órgãos públicos, já que a interação com os clientes para captar seus interesses e insatisfações é permanente e condição *sine qua non* para sua própria sobrevivência.

Nesse passo, defende-se uma abordagem de inovação que seja interativa e sistêmica, em que a gestão ambiental é estruturada e as decisões dos atores provêm da análise de custos e de vantagens na implementação das mudanças para a instituição, respeitando o contexto o qual está inserida. A adoção da inovação implica uma política externa favorável, apoio da liderança, envolvimento dos grupos de apoio, um plano adequado de transparência e também a capacidade de a instituição, seja pública ou privada, adaptar-se constantemente às mudanças de circunstâncias internas e externas.

Finalmente, em uma primeira conotação à sustentabilidade, trata-se de um subsídio para a implantação da sustentabilidade socioambiental, que se traduz em outra interpretação para o termo, no sentido de que a adoção da inovação como ferramenta de gestão também pode contribuir para a sensibilização dos atores envolvidos para a necessidade de adoção de práticas sustentáveis, exatamente para que a ideia de perpetuidade e garantia dos espaços naturais para as futuras gerações seja consolidada, tal como preconiza a Carta Magna brasileira, em seu art. 225.

Desse modo, a utilização de ferramentas de inovação, como a conexão da gestão ambiental pelos *stakeholders* por meio das mídias eletrônicas e canais de comunicação pela internet, apresenta-se como importante mecanismo de educação ambiental, de conscientização para campanhas ambientais de preservação e consumo consciente, por exemplo, e, principalmente, para que todos os envolvidos tenham a tão importante sensação de pertencimento, fundamental para a construção de uma identidade que se traduza em verdadeira atuação para a transformação dos espaços coletivos.

2. A RELAÇÃO ENTRE A PARTICIPAÇÃO E O EMPREENDEDORISMO NA EFETIVAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Um dos focos mundiais atuais é o crescimento baseado na preservação dos recursos, ou seja, um crescimento baseado na sustentabilidade “que tem por objetivo obter equilíbrio entre o crescimento econômico, a equidade social e o meio ambiente natural” (CORAL, 2012, p. 1). Entretanto, observa-se a continuação da exploração desenfreada dos recursos para o crescimento econômico e o conceito de desenvolvimento sustentável sendo mal empregado ou até mesmo usado como “marketing” pelas empresas exploradoras de recursos, que usam da “modernização ecológica” para camuflar suas ações.

De acordo com Acselrad (2002, p.50) "modernização ecológica", designa o processo pelo qual as instituições políticas internalizam preocupações ecológicas no propósito de conciliar o crescimento econômico com a resolução dos problemas ambientais, dando-se ênfase à adaptação tecnológica, à celebração da economia de mercado, à crença na colaboração e no consenso (apud BLOWERS, 1997).

Apesar de grandes inovações tecnológicas, bem como boas ações socioambientais e o cumprimento de algumas leis que diminuem a obstrução dos bens naturais, ainda se observa grandes empreendimentos se beneficiando da natureza e remediando suas consequências, que em sua maior parte se decaí sobre os menos favorecidos, que recebem em seu território essas grandes empresas, caracterizando a ideia de injustiça ambiental.

Atualmente, o conceito de desenvolvimento sustentável indica claramente o tratamento dado à natureza como um recurso ou matéria-prima destinado aos objetivos de mercado, cujo acesso é priorizado a parcelas da sociedade que detém o controle do capital. Este paradigma mantém o padrão de desenvolvimento que produz desigualdades na distribuição e no acesso a esses recursos, produzindo a pobreza e a falta de identidade cidadã (SORRENTINO, 2005, p. 289).

Para combater esse desenvolvimento equivocado, devem ser estabelecidas políticas públicas que busquem defender o meio ambiente e seus recursos. No entanto, empresas com grande poderio econômico limitam e contaminam a execução das leis e sua efetiva fiscalização, já que estas propõem a resolução de conflitos e a expressão das relações de poder (SORRENTINO, 2005, p. 289). A execução correta dessas políticas promove a justiça, sendo especificamente tratada aqui neste trabalho a justiça ambiental, que de acordo com Acselrad (2004, p. 9) é "o direito a um meio ambiente seguro, sadio e produtivo para todos, onde o "meio ambiente" é considerado em sua totalidade, incluindo suas dimensões ecológicas, física, construídas, sociais, políticas, estéticas e econômicas".

A sociedade vigente acaba por perder a voz graças à ausência de estrutura, fazendo-as se submeter ao poderio econômico das empresas, já que se veem submersas em problemas como falta de educação básica, saúde precária e violência.

Sendo assim, de acordo com Oliveira (2007, p. 120),

[...] o que se tem é o sistemático esvaziamento dos instrumentos de planejamento e decisão da política ambiental e, conseqüentemente, a viabilização de grandes projetos de infraestrutura. Multiplicam-se, assim, cenários de confronto entre as populações locais, setores do Estado e segmentos empresariais.

Nesse sentido, mantêm-se os conflitos ambientais relacionados ao envolvimento de grupos sociais de visões distintas, graças a sua origem e significação de território, e ocorrem quando um dos grupos de vê ameaçado pelas práticas do outro grupo e que são transmitidas através da água, solo, ar ou seres vivos (ACSELRALD, 2004, p. 26). Estes são iminentes e constantes e o diálogo social se mostra de extrema importância para haver uma compreensão dos acontecimentos que acarretam a implementação de qualquer empreendimento que tenha como objetivo usufruir dos recursos naturais de um território.

Ademais, segundo Buckles & Rusnak (2000 apud VIVACQUA, 2005, p. 150), a gestão de recursos de uso comum resultam em várias fontes de conflitos, pois “Em primeiro lugar, os recursos naturais estão integrados em um entorno ou espaço interconectado, no qual as ações de um indivíduo ou grupo podem gerar efeitos inesperados em áreas muito distantes do ponto de intervenção”. Ou seja, toda ação tem uma consequência e no caso da extração de recursos como minério, madeira, água e etc, resulta na diminuição deste para todos que os usufruem, além do impacto ambiental resultante da sua retirada.

Ainda de acordo com os citados autores,

Em segundo lugar, os modos de apropriação de gestão de recursos naturais fazem parte de um tecido de inter-relações complexas e desiguais entre atores sociais dotados de percepções, interesses e poder de barganha muito diferenciados. Como em outras arenas de tomada de decisão, os atores dotados de maior capacidade de barganha política são também os que estão mais bem posicionados para controlar as decisões em seu próprio benefício.

Sem apoio estatal e institucional, portanto, as pessoas que sofrem com a exploração dos recursos naturais se veem de mãos atadas, sem voz e acabam se adaptando a situação ou até mesmo saindo de seus territórios. Finalmente, Buckles & Rusnak (2000 apud VIVACQUA, 2005, p.150) evidenciam que, “em terceiro lugar, vale a pena mencionar a escassez dos recursos naturais devido à rapidez das transformações ambientais, ao aumento da demanda e à distribuição desigual dos frutos da riqueza auferida”.

Não há, desse modo, equidade na distribuição dos recursos, ou seja, a empresa, quando comparada à comunidade presente no território, tem mais eficiência na extração destes recursos e aos tomar para si, os repassa com maior valor, colocando restrições no seu uso, além de diminuir sua disponibilidade no meio ambiente, mudando a forma de vida dos indivíduos da comunidade. Nesse escopo,

Para designar esse fenômeno de imposição desproporcional dos riscos ambientais às populações menos dotadas de recursos financeiros, polí-

ticos e informacionais, tem sido consagrado o termo *injustiça ambiental*. Como contraponto, cunhou-se a noção de *justiça ambiental* para denominar um quadro de vida futuro no qual essa dimensão ambiental da injustiça social venha a ser superada. Essa noção tem sido utilizada, sobretudo, para constituir uma nova perspectiva a integrar as lutas ambientais e sociais (ACSELRAD, 2009, p. 9).

Ademais, de acordo com Leonel (2000, p.325) “a coincidência da concentração da biodiversidade em territórios ocupados pelas populações indígenas, e outras culturas tradicionais de manejo, colocou o tema da preservação dos recursos da natureza como interligado à defesa dos direitos da diferença, como à terra e à cultura”. Nesse caso, observa-se a necessidade de cuidar, preservar e recuperar os bens naturais através da preservação daqueles que a manejam e vivem de maneira interligada à biodiversidade. Não há uma conservação do meio ambiente sem olhar para todas as espécies que a compõem, sendo animais, plantas ou humanos, eis que todos compõem essa teia e caso tenha a ausência de um desses, todos serão afetados.

Guattari reforça este argumento, ao afirmar que (2000, p. 2)

As formações políticas e as instâncias executivas parecem totalmente incapazes de apreender essa problemática no conjunto de suas implicações. Apesar de estarem começando a tomar uma consciência parcial dos perigos mais evidentes que ameaçam o meio ambiente natural de nossas sociedades, elas geralmente se contentam em abordar o campo dos danos industriais e, ainda assim, unicamente numa perspectiva tecnocrática, ao passo que só uma articulação ético-política [...] entre os três registros ecológicos (o do meio ambiente, o das relações sociais e o da subjetividade humana) é que poderia esclarecer convenientemente tais questões.

Ou seja, na atualidade as empresas buscam se familiarizar e se equipar com conceitos ligados ao meio ambiente, porém a produção advinda deste aparato é pouco produtiva quando se fala de conflitos socioambientais, já que a origem desses conflitos não gira ao redor dos recursos e seus usos, mas também dos que fazem e farão parte desses territórios explorados.

Apesar do grande conhecimento de seu território por parte dessas comunidades, ou, sociobiodiversidade, falta-lhe a apropriação das ferramentas de participação – notadamente as mencionadas na seção precedente – além dos conhecimentos científicos por trás dos conhecimentos tradicionais, algo que influencia diretamente na defesa de suas terras e mais ainda na busca por justiça ambiental.

Segundo Acselrad (2009, p.15), ademais, “Contra o pensamento dominante, que considera “democrática” a distribuição dos riscos ambientais e [...] insurgiram-se os movimentos de justiça ambiental”. E entende-se que a expansão destes movimentos, importantes para o exercício da cidadania, é

uma das maneiras de difundir o conceito de justiça ambiental, é através do diálogo, que de acordo com a Rede Brasileira de Justiça Ambiental, é:

Promover o intercâmbio de experiências, ideias, dados e estratégias de ação entre os múltiplos atores de lutas ambientais: entidades ambientalistas, sindicatos urbanos e rurais, atingidos por barragem, movimento negro, remanescentes de quilombos, trabalhadores sem terra, movimento de moradores em unidades de conservação, organizações indígenas, ONGs, fóruns e redes. Além de encontros específicos por setores, pretende-se organizar encontros maiores que ampliem a cooperação e o esforço comum de luta. Um dos principais objetivos desse esforço é sensibilizar os meios de comunicação, os formadores de opinião e a opinião pública em geral (AMBIENTE, 2019).

Entende-se, assim, que a sociedade humana precisa encarar e entender a crise ambiental como foco central, porém com a falta de entendimento por grande parte da população dos riscos de suas atitudes no que diz respeito ao uso dos recursos ambientais, novas ações precisam ser tomadas em prol dessa mudança de comportamento, antes que as consequências sejam irreversíveis. Para que isso ocorra, é preciso integrar a sociedade ao meio ambiente e fazer com esta compreenda o valor destes para sua sobrevivência e como suas atitudes podem ajudar ou prejudicar a sua manutenção.

Como o conhecimento científico foi correntemente evocado pelos que pretendem reduzir as políticas ambientais à adoção de meras soluções técnicas, o movimento de justiça ambiental estruturou suas estratégias de resistência recorrendo de forma inovadora à própria produção de conhecimento (ACSELRAD, 2002, P. 53).

E este conhecimento precisa auxiliar a sociedade a entender as consequências do mau uso dos recursos e estimular a apropriação e defesa do meio ambiente por parte das comunidades mais afetadas pela má gestão e isto se dá através do compartilhamento de ideias, conceitos e ações, que só podem ser transmitidas a partir do diálogo e da participação.

Sorrentino (2005, p. 288 apud Cavalcanti 1999) “aponta educação, gestão participativa e diálogo entre *stakeholders* (atores, sujeitos sociais) como os três parâmetros fundamentais para a regulação ambiental”. Percebe-se, desse modo, que para uma educação produtiva é necessária a transmissão de saberes de forma a dialogar com as necessidades de cada indivíduo, e para uma efetiva luta pela solução desses conflitos socioambientais é necessária a união da sociedade e, assim a efetivação de uma gestão participativa na exploração dos recursos naturais.

Nesse escopo, organizações socioambientais buscam, por meio de ações que estimulam um olhar de respeito do ser humano com a natureza, auxiliar na transformação destes em cidadãos mais responsáveis com o meio ambiente, através da transmissão de conhecimento.

Os sujeitos sociais que procuram evidenciar a importância de uma relação lógica entre injustiça social e degradação ambiental são aqueles que não confiam no mercado como instrumento de superação da desigualdade ambiental e da promoção dos princípios do que se entenderia por justiça ambiental. Estes atores consideram que há clara desigualdade social na exposição aos riscos ambientais, decorrente de uma lógica que extrapola a simples racionalidade abstrata das tecnologias. Para eles, o enfrentamento da degradação do meio ambiente é o momento da obtenção de ganhos de democratização e não apenas de ganhos de eficiência e ampliação de mercado. Isto porque supõem existir uma ligação lógica entre o exercício da democracia e a capacidade da sociedade se defender da injustiça ambiental (ACSELRAD, 2002, p. 51).

Ademais, as populações que rodeiam grandes empreendimentos não podem contar com a ajuda destes para a manutenção do seu território e sim para a sua exploração e, como consequência esta sociedade precisa se equipar para assim lutar pelo cuidado do ambiente em que vive. Organizações que convivem com esta realidade acabam auxiliando na compreensão singular de cada conflito e as ferramentas corretas para ajudar na gestão do meio ambiente e na constante manutenção da harmonização destes conflitos socioambientais.

A parceria entre poder público e sociedade requer, portanto, a conquista de conhecimentos e habilidades específicos para o fomento da participação. E isso se aplica aos diversos atores sociais, considerando tanto os agentes do Estado, quanto os distintos segmentos da sociedade civil. Afinal, não é tão simples definir objetivos comuns, trabalhar em torno de metas coletivamente pactuadas e de ações compartilhadas, sobretudo em um contexto de profundas assimetrias sociais e de conflitos ambientais, como ocorre no Brasil (BRASIL, 2015, p. 12)

De acordo com Herculano (2000, p. 124), além das organizações incluídas no Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), existem outros tipos de organizações, dentro da esfera civil, quais sejam:

1) um associativismo de cidadãos, que engloba desde as associações ambientalistas *strictu sensu*, sejam elas conservacionistas ou preservacionistas, em defesa de florestas, áreas verdes, animais e ecossistemas, incluindo também as associações de excursionistas, de amantes da natureza, etc., até as associações de moradores que reivindicam qualidade de vida urbana. [...] no Brasil as associações ambientalistas costumam ser pequenas (na casa das poucas dezenas de filiados), com baixo grau de organicidade ou apenas minimamente formais (têm estatutos, mas não têm recursos financeiros nem sede, vivenciando ainda uma situação de precariedade de equipamentos fundamentais de comunicação - telefone, fax, computador - e funcionando em escolas, clubes, universidades, às custas de equipamentos e material particula-

res, cedidos pela diretoria militante, diretoria ou coordenadoria, frequentemente mais extensa que o número de seus ativistas filiados). Ou então são totalmente informais e fluidas, constituídas por grupos de alunos e grupos de vizinhança, que surgem engrossando manifestações públicas episódicas e pontuais.

2) Os institutos e fundações, com mais organicidade, são formados por profissionais predominantemente apoiados política e financeiramente por outros institutos e fundações de âmbito internacional; podem ser formal ou informalmente ligados a partidos políticos ou a igrejas, a federações sindicais, estar em simbiose com gabinetes parlamentares nacionais, ou serem fundados por profissionais egressos de organismos de governo. Têm uma ação pedagógica, atuando como assessoria à cidadania e como instrumentos de pressão, firmando-se como interlocutores competentes diante do Estado e da imprensa, em favor de políticas públicas diretamente ambientalistas ou em consonância com políticas ambientalistas. Exemplos: Funatura, Fundação Onda Azul, Fundação SOS Mata Atlântica, Instituto Sócio-Ambiental, e ONGs de assessoria a movimentos populares, tais como ISER, FASE, IBASE, etc.

3) Outros movimentos sociais sintonizados com a temática ambientalista, quase sempre de mais alta organicidade e institucionalidade. No caso brasileiro, podemos citar como interfaces sociais do ambientalismo as seguintes entidades: o Conselho Nacional dos Seringueiros, cuja defesa do extrativismo da borracha e da castanha se harmoniza com a defesa da Floresta Amazônica, ou o Movimento Nacional dos Atingidos por Barragens, que, ao questionar o Plano Hidrelétrico Brasileiro, construiu uma agenda com pontos em comum com a agenda dos ambientalistas, inclusive nas críticas às irracionalidades do modelo de desenvolvimento que vem nos (des)orientando. E ainda movimentos mais institucionalizados, como o indígena, o negro e de mulheres, que invocam a cultura silvícola, a essência da natureza feminina e da religiosidade negra como evidências da convergência natural destes atores sociais com as políticas ambientalistas.

Verifica-se, então, que as organizações que conseguem alcançar de forma mais ativa populações mais frágeis e sucessíveis a sofrer opressão por parte de grandes empreendimentos, são as com mais dificuldades financeiras e com menor divulgação de seu trabalho, como consequência com menor apoio e assim com sua manutenção frágil.

Pelo exposto, a união desses atores sociais e ambientais se mostra de grande valia na cooperação na construção da cidadania, principalmente em um período em que valores, ideologias e princípios são tão debatidos e aca-

bam se relacionando diretamente com o desenvolvimento sustentável, sendo este desenvolvimento tão almejado, ao mesmo tempo tão debatido e por vezes distante de se concretizar efetivamente.

CONCLUSÃO

O presente estudo, que teve como cerne a importância da participação cidadã na efetiva gestão ambiental, observou os aspectos normativos deste instituto, como exemplo, o voto, dentro de um escopo maior de cidadania como fundamento da constituição brasileira. Pautou-se, especialmente, na gestão participativo-iterativa, que pode contribuir para a sustentabilidade ambiental. Destacou-se, por fim, a relação participativa da população com os empreendimentos, bem como sua efetivação para o desenvolvimento sustentável, a fim de evitar a injustiça ambiental, de modo que todos os atores sociais tenham iguais direitos e deveres (de acordo com cada forma de atuação) no que tange à gestão sustentável do território.

Conclui-se que, apesar das várias formas de atuação dos cidadãos e a inclusão de ferramentas bem conceituadas e cada vez mais acessíveis a todos – como a internet –, pouco espaço se dá para aqueles agirem de forma efetiva na gestão de seu território, já que grande parte do poder de execução se encontra nas mãos de poucos e com maior poder de decisão. Além disso, conflitos socioambientais podem ser evitados e minimizados por meio da utilização das ferramentas apresentadas nesse estudo, merecendo destaque o papel das organizações socioambientais.

Por fim, entende-se que a continua estimulação não só do diálogo, mas da presença da sociedade nos focos de discussão ambiental, seja virtual ou pessoalmente, é de extrema importância para o fortalecimento da gestão participativa dos recursos naturais e da justiça ambiental e isso pode ser viabilizado pelas ações sociais e ambientais oferecidas pelas instituições citadas nesse trabalho, levando em consideração a capacidade de cada indivíduo de discernir e determinar os métodos mais compatíveis com sua realidade.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental e construção social do risco. In: *Desenvolvimento e meio ambiente*, v. 5, 2002.

ACSELRAD, H.; HERCULANO, S.; PÁDUA, J. A. *Justiça ambiental e cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ACSELRAD, H.; MELLO, C. C. A.; BEZERRA, G. D. N. *O que é justiça ambiental*. Brasília: Garamond, 2009.

ALBERTI, Adriana; BERTUCCI, Guido. *Replicating innovations in governance: an overview*. In: UNDESA. *Innovatios in governance and public administration: replacing what works*. New York: UNDESA, 2006. P. 1-21.

BLOWERS, Andrew. Environmental policy: ecological modernisation or the risk society? In: *Urban studies*, v. 34, n. 5-6, p. 845-871, 1997.

BUCKLES, Daniel. *Cultivar la paz: conflicto y colaboración en el manejo de los recursos naturales*. Madrid: Idrc, 2000.

BRASIL. *Manifesto de Lançamento da Rede Brasileira de Justiça Ambiental*. Brasília: Ministério do Meio ambiente, 2015. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/informma/itemlist/category/84-a-politica-de-educacao-ambiental.html>>, Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. A participação social e a ação pedagógica na implementação da unidade de conservação. In: *Série Educação Ambiental e comunicação em Unidades de Conservação*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2015. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/category/154-serie-ea-uc>>. Acesso em: 30 set. 2019.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição*. 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CORAL, Eliza et al. *Modelo de planejamento estratégico para a sustentabilidade empresarial*. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Tecnológico. Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção, 2002. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82705>>. Acesso em: 10 set. 2019.

CÓRTAZAR, Juan Carlos. Learning from best practices in public management: a methodological approach. In: UNDESA. *Innovatios in governance and public administration: replacing what works*. New York: UNDESA, 2006. P. 41-51.

GUATTARI, F.; PÉREZ, J. V.; LARRACELETA, U. *Las tres ecologías*. Valencia: Pre-textos, 2000.

DEMO, Pedro. *Participação é conquista*. São Paulo: Cortez, 2001.

LEONEL, Mauro. Bio-sociodiversidade: preservação e mercado. In: *Estudos Avançados*, v. 14, n. 38, p. 321-346, 2000.

NOGUEIRA, M. Cidadania, crise e Reforma Democrática do Estado. Perspectivas. In: *Revista de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 22, 1999, p. 61-84.

OLIVEIRA, RAQUEL.; ZHOURI, A. Desenvolvimento, conflitos sociais e violência no Brasil rural: o caso das usinas hidrelétricas. In: *Ambiente & Sociedade*, Campinas, v. 10, n. 2, p. 119-135, 2007.

SAMPAIO, R. C.; BARROS, C. T. G. Internet como esfera pública? Análise de usos e repercussões reais das discussões virtuais. In: *Estudos em Comunicação/ Communicaton Studies*, v. 9, p. 161-183, 2011.

SORRENTINO, M.; TRAJBER, R., MENDONÇA, P.; & JUNIOR, L. A. F. Educação ambiental como política pública. In: *Educação e pesquisa*, 31(2), 285-299, 2005.

VIVACQUA, M.; VIEIRA, Paulo Henrique Freire. Conflitos socioambientais em Unidades de Conservação. In: *Política & Sociedade*, v. 4, n. 7, p. 139-162, 2005.

IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE GERENCIAMENTO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS EM HOTELARIA: um estudo de caso

Ana Carolina Roma do Carmo

*Mestranda no Curso de Mestrado Profissional em Ciências Ambientais da Universidade de Vassouras, Vassouras – RJ.
anacarolina.roma@outlook.com*

Paloma Martins Mendonça

*Universidade de Vassouras, Docente do Mestrado Profissional em Ciências Ambientais, Vassouras, RJ, Brasil; Pós-Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Biodiversidade e Saúde do Instituto Oswaldo Cruz – IOC/FIOCRUZ, Rio de Janeiro, Brasil.
amolap.mm@gmail.com*

Margareth Maria de Carvalho Queiroz

*Universidade de Vassouras, Docente do Mestrado Profissional em Ciências Ambientais, Vassouras, RJ, Brasil; Pesquisadora Titular em Saúde Pública do Instituto Oswaldo Cruz – IOC/FIOCRUZ, Rio de Janeiro, Brasil; Bolsista de Produtividade em Pesquisa 1C do CNPq e Bolsista Cientista do Nosso Estado (CNE) da FAPERJ.
mmcqueiroz@gmail.com*

RESUMO

A problemática dos resíduos sólidos encontra-se em evidência ao longo dos anos e, gradativamente, abrange um maior quantitativo de cidadãos, pois a ausência de ações leva a degradação significativa do meio ambiente. O gerenciamento adequado de resíduos torna-se cada vez mais urgente no cenário atual, até chegar ao ponto que deverá ser imediato. Hoje, existem práticas simples e de baixo custo como a reciclagem e a compostagem, porém podemos citar ainda o reaproveitamento e a reutilização dos resíduos. A partir do interesse dos estudos voltados às tecnologias mencionadas acima, o princípio de sustentabilidade conquista o mercado concorrente em indústrias e hotéis, sendo esta última atividade destinada ao estudo descrito neste documento. Desta forma, a aplicação da sustentabilidade voltada aos resíduos recicláveis e orgânicos ocorre no Hotel Santa Amália, localizado na cidade de Vassouras-RJ, buscando respostas da relevância deste assunto. A metodologia utilizou pesquisa de campo com observações detalhadas, para que alcançasse a extensão aos demais estabelecimentos similares em sua atividade. O objetivo do estudo foi implantar e adequar o gerenciamento dos resíduos sólidos em hotéis, ao considerar por base as observações obtidas no modelo experimental; sendo assim, foi observada a necessidade de viabilizar ações contínuas de educação ambiental e sustentabilidade.

Palavras-chave: Resíduos Sólidos; Sustentabilidade; Hotéis; Educação Ambiental.

INTRODUÇÃO

Os resíduos sólidos são considerados os principais ‘vilões’ relacionados aos impactos ambientais, devido à quantidade gerada no cotidiano da sociedade. O comportamento humano está relacionado ao consumo e produção dentro dos padrões capitalista e consumista, o que mostra a necessidade imediata da alteração neste comportamento, garantindo a melhor qualidade do meio ambiente e, conseqüentemente, de vida. Este aspecto relaciona com a problemática da vida útil dos aterros sanitários, ao considerar às possibilidades de compostagem, reciclagem, reutilização e aproveitamento energético (GOMES, 2015).

A destinação final ambientalmente adequada atua como alternativas que estimulem a mudança de padrões de produção e consumo, cuja ordem de prioridade encontra-se no artigo 9º da Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010. Esta apresenta a seguinte configuração: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

Considerando a comparação entre resíduos sólidos e rejeitos, os resíduos possuem uma nova utilidade dentro de um mesmo sistema produtivo ou como matéria prima de outro, enquanto os rejeitos apenas podem ser dispostos em aterros sanitários, conforme orientado pelo dispositivo legal anteriormente mencionado:

XV – rejeitos: resíduos sólidos, que depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada;

XVI – resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultando da atividade humana em sociedade, cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigatório proceder, nos estados sólidos e semissólidos, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d’águas, ou exijam para isso soluções técnicas ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível;

Desta forma, grande parte da composição dos resíduos sólidos urbanos é classificada como resíduos devendo ser direcionado a locais ambientalmente adequados, sendo assim uma minoria deve ser encaminhada aos aterros sanitários. Porém, a realidade apresenta o contrário do descrito acima. Esta

informação confirma com dados da ABRELPE, referente ao Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2017, que indica a disposição final ambiental inadequada, como lixões, com o percentual de 40,9%, isto é, um índice representativo; ainda, não há uma cobertura completa de coleta dos resíduos em âmbito nacional, que indica o atendimento de 91,2%, sendo assim 8,8% não recolhidos e, provavelmente, são dispostos inadequadamente.

Contudo, o objetivo deste artigo foi indicar a importância da implantação e adequação do sistema de gerenciamento de resíduos sólidos em hotelaria, além da expansão às residências através do exemplo desta ação. Este utiliza um estudo de caso, para evidenciar a viabilidade deste sistema em atividades de grande produção de resíduos compostáveis. Nesta observação, a qual ocorreu no período de um ano com a análise da implantação da compostagem, idealização da expansão da coleta seletiva dos resíduos recicláveis e a importância da educação ambiental, bem como a sustentabilidade no atual cenário nacional, pois este ambiente abrange uma diversidade de atores e, em sua maioria, apenas passam por alguns dias neste estabelecimento.

DESENVOLVIMENTO

O estudo de caso usou como modelo o Hotel Santa Amália, localizado na cidade de Vassouras-RJ, o qual se encontra no interior do estado do Rio de Janeiro. Este município é conhecido por cidade universitária, devido à presença da Universidade de Vassouras que possui 13 cursos de graduação e diversos cursos de pós-graduação (*Lato Sensu* e *Stricto Sensu*) que atrai pessoas de outras cidades e também histórica, que possui fazendas e diversos prédios da época do vale do café. Assim, observa-se a importância da atividade de hotelaria para o cenário municipal.

O empreendimento iniciou com um projeto de arborização do logradouro através da parceria com demais empresas e cidadãos da vizinhança, denominado “Projeto Arborize!”. A partir desta iniciativa, houve a implantação de uma composteira a fim de produzir compostos orgânicos ao projeto, garantindo a destinação final dos resíduos orgânicos, mediante a observação do quantitativo gerado no mesmo, além de atender ao cuidado da área verde do estabelecimento e dos canteiros públicos do projeto inicial.

Assim, este projeto abrangeu uma mobilização social, que trouxe o investimento do princípio da sustentabilidade ao empreendimento.

1. PROJETO ARBORIZE!

O “Projeto Arborize!” teve início a partir do propósito de deixar a entrada da cidade mais bonita através da iniciativa do Hotel Santa Amália. O

incentivador tinha o intuito associado à questão comercial, porém idealizou um local mais atraente a circulação de pessoas com um aspecto mais arborizado, belo e que causasse um bem-estar a todos que estivessem no local, isto é, movimentação de economia municipal de maneira sustentável.

Foi realizado o plantio de 36 novas mudas das seguintes espécies: *Tibouchina granulosa* (quaresmeira), *Lagerstroemia indica* (resedá) e *Handroanthus albus* (ipê amarelo), que ocorreu com o envolvimento de todos os participantes do Hotel e da vizinhança. A atividade foi realizada no mês de julho de 2018, que levou ao acompanhamento ao longo de um ano em consonância com a implantação e funcionamento da composteira. Neste período, pode-se observar a ausência de uma consciência ambiental por parte dos participantes desde o momento do plantio, assim como ao longo de situações ocorridas no acompanhamento do projeto. Houve algumas perdas, como das cercas de bambu e de alguns exemplares, os quais foram repostos buscando demonstrar a população sobre a importância desta proposta.

Considerando a colocação acima, algumas palavras da proprietária demonstram a importância das ações ambientais e o princípio da sustentabilidade, conforme consta a seguir a partir da comemoração de 50 anos de funcionamento do estabelecimento:

Através de palestras e grupos de trabalhos, vamos observando a importância de uma empresa sair da zona de conforto e atuações gerenciais internas e estender essa atuação em ambiente externo, no seu entorno, e tomar atitudes que propiciem melhoria no seu ambiente e coloque a empresa no patamar da sustentabilidade. *Sra. Ana Lúcia Mattozo Furtado, comentário realizado durante a implantação do Projeto Arborize!*

Contudo, existe a evidente importância da educação ambiental não formal realizada com funcionários, hóspedes, vizinhança e pedestres, atingindo até mesmo o ensino formal demonstrado através do interesse de escolas públicas e privadas em visitar a prática ambiental destinada aos resíduos orgânicos. Assim, a partir desta ação, outros objetivos foram alcançados em comemoração a um ano do projeto, que se encontra em desenvolvimento e atingiu o objetivo da implantação da coleta seletiva.

2. RESÍDUOS ORGÂNICOS E COMPOSTEIRA

Os resíduos orgânicos são gerados em maior proporção neste tipo de estabelecimento, assim como em residências. De acordo com Ministério do Meio Ambiente, no ano de 2017, cerca de 50% é composto por resíduo orgânico dentro da composição dos resíduos sólidos urbanos gerados no Brasil. Este percentual varia de acordo com a condição social da população, mas sempre representa um índice significativo, pois hoje apenas destina-se 2% de

resíduos sólidos urbanos ao processo de compostagem (INACIO e MILLER, 2009).

O processo de compostagem trata-se da transformação dos resíduos orgânicos provenientes dos preparos dos alimentos e resíduos de poda através da ação de microrganismos e de minhocas na decomposição do material, gerando um composto orgânico natural altamente nutritivo, conforme consta na definição da Resolução CONAMA n° 481, de 03 de outubro de 2017.

III – compostagem: processo de decomposição biológica controlada dos resíduos orgânicos, efetuado por uma população diversificada de organismos, em condições aeróbicas e termofílicas, resultando em material estabilizado, com propriedades e características completamente diferentes daqueles que lhe deram origem.

Porém, vale a ressalva que os resíduos orgânicos encaminhados a compostagem são limitados, pois existem alguns componentes que diminuem a eficiência do processo biológico, como gordura, carne, comidas condimentadas, entre outros. Assim, os resíduos destinados a composteira neste estudo são predominantemente pó de café, cascas de ovos e resto de legumes, frutas e verduras do preparo das refeições, tendo sido orientado previamente através de uma conversa informal com colaboradores dos setores de cozinha e copa.

Mediante as orientações acima, houve a construção de uma estrutura específica destinada à instalação da composteira com tamanho compatível com a geração dos resíduos orgânicos e de podas, como visualizou a questão comercial desta proposta.

O funcionamento ocorreu dentro da perspectiva, que indica o resultado até a obtenção da primeira remessa do produto final, isto é, composto orgânico. Este apresenta 250 kg de matéria orgânica e 15 kg de matéria seca (folhas e galhos do jardim), que geraram 180 kg de adubo orgânico natural; ainda, este processo ocorreu dentro de um período de 2 meses. Dentro da visão comercial, existe investimento em embalagem personalizada de acordo com a proposta da sustentabilidade, que tem a capacidade individual de 3 kg.

Logo, a implantação da compostagem mostrou-se eficiente até na indicação da viabilidade financeira, além da visão ambiental e comercial; porém observa-se ainda as dificuldades relacionadas à educação ambiental a partir de palavras da proprietária, conforme consta abaixo:

Percebo que estamos ainda no início e o desafio será a manutenção, a implantação de novos hábitos que possam ainda ser estendidos a suas casas e familiares, a implantação de uma nova cultura, além do espaço físico da empresa. Para a maioria é uma abordagem nova, ainda de difícil compreensão do impacto sobre o seu dia-a-dia. *Sra. Ana Lúcia Mattozo Furtado, comentário realizado durante a implantação da compostagem.*

3. RESÍDUOS RECICLÁVEIS E EXPANSÃO DA COLETA SELETIVA

Os resíduos recicláveis correspondem a um percentual significativo na geração diária da população. De acordo com a Política Nacional de Resíduos Sólidos, existe uma diferença entre reciclagem (transforma a estrutura do material utilizado) e reutilização (mantém a estrutura do material utilizado), sendo uma informação de relevância neste tópico.

Alguns dados confirmam a importância da coleta seletiva, segundo o Ministério do Meio Ambiente, cerca de 30% dos resíduos sólidos urbanos são compostos de materiais recicláveis, como todos esses materiais têm valor comercial, pois podem ser reaproveitados como matéria-prima no mesmo ou em outro processo produtivo. Ainda, a mídia destaca a importância da coleta seletiva onde indica o aumento da geração de lixo e do crescimento populacional, respectivamente, por 29% e 6% no intervalo de 2003 e 2014 (GLOBO, 2015).

Os resíduos recicláveis apresentam um tratamento diferenciado dentro do Hotel, pois existe uma iniciativa de segregação de garrafas pet e latinhas com entrega a uma catadora autônoma. Esta ação indica uma maior compreensão destas propostas socioambientais, além do cunho econômico a partir da fonte de renda para terceiros. Porém, existem outros tipos de recicláveis, os quais ainda são encaminhados ao aterro sanitário local, isto é, não existe uma destinação final ambientalmente adequada.

Neste caso, seria utilizada a extensão da coleta seletiva aos hóspedes através de lixeiras de materiais reutilizáveis, como já é uma política do empreendimento a partir de quartos da área verde com a mesma visão, pois esta área é composta por uma decoração à base de material reutilizado, como por exemplo, móveis e objetos de pallets, garrafas pet etc. Atualmente, este se limita às ações dos funcionários na copa, cozinha e restaurante. Esta expansão teria o estudo dos locais ideais dentro do espaço de lazer e atividades de interação dos hóspedes.

A partir da informação anterior, adiciona a questão da compreensão da proposta iniciada em consonância com a compostagem. Esta teve uma observação negativa devido à ausência de interesse dos hóspedes e funcionários em sua maioria, o que indica a importância da mudança de hábitos, isto é, da consciência ambiental individual. As ações pequenas agregam e conquistam espaço dentro de um estabelecimento, como ocorre dentro da proposta deste estudo; porém, ainda requer um tempo para ser visualizada por um maior contingente, o que não demora ser observado por todos a partir dos impactos ambientais, e, conseqüentemente, na qualidade de vida.

Concluindo, mediante a indicação acima, o incentivo de práticas de educação ambiental mostra-se necessária, assim foi idealizada a elaboração e

exposição de um banner explicativo colocado na recepção do hotel, a fim de atrair a atenção dos hóspedes para as práticas realizadas no estabelecimento. Concomitantemente, foram ministradas palestras para reforçar junto aos funcionários o objetivo de vislumbrar as mudanças de hábitos externos ao empreendimento, pois assim conseguirá alcançar a desejada mudança de hábitos em prol do meio ambiente, da sustentabilidade e da qualidade de vida.

4. LIXÕES E ATERROS SANITÁRIOS

A questão dos resíduos sólidos é uma abordagem em evidência devido ao tamanho da preocupação com as consequências das nossas ações neste aspecto, isto é, não cumprimento da Política Nacional de Resíduos Sólidos por completo. Esta direciona para as práticas adequadas relacionadas à coleta, transporte, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final dos rejeitos.

De acordo com a Folha de S. Paulo, a reportagem publicada em 02 de agosto de 2019, a qual indica o marco de 9 anos da publicação desta legislação nacional, orienta sobre ausência de plano de execução, conforme consta no título (Política Nacional de Resíduos Sólidos, 9, não tem plano de execução); ainda, o subtítulo (Lixões seguem em todo o país, geração de resíduos aumenta, reciclagem sobe pouco e não há metas claras) informa, respectivamente, sobre a continuação dos lixões, aumento de geração dos resíduos, aumento reduzido da reciclagem e ausência de metas. Ainda no ano anterior, observou-se a mesma colocação, conforme consta a seguir: “a política nacional de resíduos sólidos completa [...] oito anos. Mas em mais da metade das cidades, o lixo ainda não tem destinação adequada.” (GLOBO, 2018).

A partir do tema lixões e aterros sanitários, a mesma reportagem do ano de 2018 apresenta o seguinte texto:

Por lei, todos os lixões deveriam ter sido fechados até 2014. Só que até hoje a maioria das cidades brasileiras mantém depósitos de lixos sem qualquer tratamento. Aterros sanitários como os que compactam e tratam todos os resíduos [...] ainda são raros e exigem investimentos que nem sempre as autoridades enxergam como prioridade.

Ainda, a abordagem sobre aterros sanitários ocorre dentro de normativa técnica desde 1983, isto é, através da Resolução ABNT NBR 8.419. Nesta existe uma definição mencionada a seguir, que direciona ao tempo da obtenção deste conhecimento e ausência da prática do mesmo, permitindo alcançar a situação drástica de impactos ambientais decorrentes dos resíduos sólidos dispostos inadequadamente.

Técnica de disposição de resíduos sólidos urbanos no solo, sem causar danos à saúde pública e à sua segurança, minimizando os impactos ambientais, método este que utiliza princípios de engenharia para confinar

os resíduos sólidos a menor área possível e reduzi-los ao menor volume permissível, cobrindo-os com uma camada de terra na conclusão de cada jornada de trabalho, ou a intervalos menores, se necessário.

Contudo, o lixão é a forma inadequada de disposição final dos rejeitos, que leva a contaminação do solo e das águas subterrâneas por percolação, gerando uma área de passivo ambiental amplamente poluído. Enquanto, o aterro sanitário é a alternativa adequada, devido aos controles ambientais, porém apenas aos rejeitos; afinal, a maioria da composição de resíduos sólidos urbanos é cabível de destinações finais ambientalmente adequadas, que garante maior vida útil aos mesmos.

CONCLUSÃO

Conclui-se que os resíduos sólidos são questões abordadas há tempos em prol do meio ambiente sadio e uma melhor qualidade de vida, isto é, relacionada à saúde pública diretamente; porém, apenas quando ocorrer o ponto de ações emergenciais, estas serão tomadas pelo poder público e a própria sociedade. As ações em curto prazo tomadas por estes dois atores, em sua maioria, geram passivos ambientais, os quais, quanto mais tarde forem realizados, mais complicada sua remediação. Os hábitos da sociedade necessitam de mudanças imediatas, para que haja uma melhor sustentabilidade dos recursos naturais com alcance a todos em âmbito nacional, possibilitando desta forma a proteção do meio ambiente em que vivemos e como conservá-lo para as futuras gerações, pois a questão de espaço pode vir a ser um problema dentro de alguns anos a partir da geração em demasia dos resíduos sem que haja a adequada destinação e disposição ambiental final.

REFERÊNCIAS

ABRELPE. *Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2017*. Setembro 2018.

ABNT. *Resolução ABNT NBR n° 8.419, de dezembro de 1983. Errata n° 1, de abril de 1996*. 1996.

A cidade de Vassouras. Universidade de Vassouras, Disponível em: <<https://www.universidadedevassouras.edu.br/instituicao/sobre>>, Acesso em: 13 ago. 2019. 19:25:00.

BRASIL. *Política Nacional de Resíduos Sólidos. Lei n° 12.305, de 02 de agosto de 2010*. 2010.

Compostagem. Ministério do Meio Ambiente, Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/informma/item/7594-compostagem>>, Acesso em: 13 ago. 2019. 20:16:00.

FREITAS, A. L. P.; ALMEIDA, G. M. M. *Avaliação do nível de consciência ambiental em meios de hospedagem: uma abordagem exploratória*. Uberlândia: Sociedade & Natureza, v. 22 (2), 405 – 417, 2010.

GAMA, M. *Política Nacional de Resíduos Sólidos, 9, não tem plano de execução*. São Paulo, Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/maragama/2019/08/politica-nacional-de-residuos-solidos-9-nao-tem-plano-de-execucao.shtml>>, Acesso em: 13 ago. 2019. 21:00:00.

Gestão de Resíduos Orgânicos. Ministério do Meio Ambiente, Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/gest%C3%A3o-de-res%C3%ADduos-org%C3%A2nicos.html#legislacao>>, Acesso em: 13 ago. 2019. 20:30:00.

GOMES, L. P.; KOHL, C. A.; SOUZA, C. L. L.; REMPEL, N.; MIRANDA, L. A. S.; MORAES, C. A. M. *Avaliação ambiental de aterros sanitários de resíduos sólidos urbanos precedidos ou não por unidade de compostagem*. Eng Sanit Ambient, v. 20, n. 3, 449 – 462, 2015.

História de Vassouras. Prefeitura Municipal de Vassouras, Disponível em: <<https://www.vassouras.rj.gov.br/historia>>, Acesso em: 13 ago. 2019. 19:31:00.

INACIO, C. T.; MILLER, P. R. M. *Compostagem ciência e prática para a gestão de resíduos orgânicos*, 1 ed. Rio de Janeiro: Embrapa Solos, 2009.

LENHARO, M. *Mesmo com a política de resíduos, 41,6% do lixo tem destino inadequado*. São Paulo, Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/noticia/2015/07/mesmo-com-politica-de-residuos-416-do-lixo-tem-destino-inadequado.html>>, Acesso em: 13 ago. 2019. 19:55:00.

Ministério da Cultura. FILHO, F. C. P. *Guia Cultural do Vale do Café*. Rio de Janeiro: Cidade Viva, 2013.

Maioria das cidades brasileiras mantém depósitos de lixo sem tratamento. Jornal Nacional, Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/08/02/maioria-das-cidades-brasileiras-mantem-depositos-de-lixo-sem-tratamento.ghtml>>, Acesso em: 13 ago. 2019. 20:00:00.

Ministério do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA nº 481, de 03 de outubro de 2017*. 2017.

PALME, U.; TILLMAN, A. M. *Sustainable development indicators: how are they used in Swedish water utilities?* Journal of Cleaner Production, n. 16, p. 1346 – 1357, 2008.

POST, J. E.; ALTMAN, B. W. *Managing the Environmental Change Process: Barriers and Opportunities*. Journal of Organizational Change Management, v. 7, n. 4, p. 64 – 81, 1994.

Reciclagem. Ministério do Meio Ambiente, Disponível em:
<<https://www.mma.gov.br/informma/item/7656-reciclagem>>, Acesso em:
13 ago. 2019. 20:43:00.

(IN)JUSTIÇA AMBIENTAL: Questões socioambientais sobre o fim do lixão de Itaoca

Aline Mendes

*Universidade Estácio de Sá, Graduanda em Direito, São Gonçalo, Brasil,
linemendes1984@gmail.com*

Jhulia Medeiros

*Universidade Estácio de Sá, Graduanda em Direito, São Gonçalo, Brasil,
jhuliamedeiros1@gmail.com*

Roberta Lima

*Universidade Estácio de Sá, Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais - Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, Brasil,
roberta_lima@id.uff.br*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo examinar questões socioambientais relacionadas ao encerramento do antigo “lixão” de Itaoca, localizado na comunidade do Salgueiro, no município de São Gonçalo, RJ, à luz do referencial teórico da justiça ambiental e da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Para tanto, aborda-se a situação sofrida pelos catadores de materiais recicláveis após o encerramento do antigo Lixão de Itaoca, considerando-se o impacto ambiental existente, e, sob esse prisma, algumas reflexões que envolvam os marcos teóricos do movimento de justiça ambiental serão trazidas em suas perspectivas nacionais e internacionais. Assim, será descrita a situação de extrema vulnerabilidade social em que vivem os catadores que antes tinham o local como fonte de renda e, atualmente, dependem de doações para sua sobrevivência, não têm acesso a direitos básicos e convivem com problemas decorrentes da presença de facções criminosas na região. Por fim, a metodologia utilizada neste trabalho será a revisão bibliográfica e documental de forma precípua, ainda que se planejem algumas inserções de campo de forma exploratória no local do antigo Lixão de Itaoca para se conhecerem os riscos socioambientais a que estão expostos os moradores do local, em especial, os catadores.

Palavras-chave: resíduos sólidos; justiça ambiental; vulnerabilidade social.

INTRODUÇÃO

Tudo que consumimos vira lixo¹, e, com a expansão da sociedade, a produção dele também aumenta. Contudo, a destinação dada aos rejeitos e resíduos, quando inadequada, causa sérios riscos ao meio ambiente e à saúde da população. Nesse contexto, surgem os “lixões”, como uma forma inadequada de descarga de rejeitos e resíduos sólidos, e o conteúdo ali despejado acaba gerando impactos ambientais e sociais.

Exemplo do acima informado é o denominado Lixão de Itaoca, local objeto de pesquisa do presente artigo, onde os moradores estão expostos a sérios riscos ambientais. Além disso, ele era a fonte de renda de muitos catadores de materiais recicláveis que, com o seu encerramento, hoje não têm mais de onde tirar seu sustento e dependem de doações. À luz do conceito de Justiça Ambiental, a população local vive, atualmente, uma verdadeira situação de “injustiça ambiental” e de vulnerabilidade social, uma vez que não lhes são assegurados direitos básicos e, portanto, vivem à margem da sociedade.

1. A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E OS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS

Instituída pela Lei nº 12.305/2010, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) integra a Política Nacional do Meio Ambiente e reúne um conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações que deverão ser adotadas pelo Governo Federal, isoladamente ou em cooperação com os outros entes federativos ou particulares visando a gestão integrada e gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos, incluídos os perigosos, porém não sendo aplicada aos rejeitos radioativos que são regulados por legislação específica (BRASIL, 2010).

À esta lei sujeitam-se pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos e as que desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos sólidos. Seu objetivo é o enfrentamento dos principais problemas ambientais, sociais e econômicos decorrentes do manejo inadequado dos resíduos sólidos, assim como a prevenção e redução destes resíduos, propondo práticas de hábitos sustentáveis como a reciclagem, a reutilização e a destinação adequada.

A PNRS estabelece em seu artigo 6º uma série de princípios como a prevenção, a precaução, o princípio do poluidor-pagador, a responsabilidade

¹ A expressão lixo utilizada ao longo do artigo serve para maior fluidez textual, ainda que as autoras do presente trabalho estejam cientes da ausência do termo lixo como referência técnica-jurídica na legislação que trata de resíduos sólidos – PNRS (Política Nacional de Resíduos Sólidos – 12.305/10)

compartilhada, a cooperação, o princípio do protetor-recebedor, a visão sistêmica, o desenvolvimento sustentável, a ecoeficiência, o reconhecimento do valor do resíduo sólido reutilizável e reciclável, o respeito às diversidades locais e regionais, a razoabilidade e a proporcionalidade, o direito da sociedade à informação, e o direito da sociedade ao controle social. Estes princípios devem ser interpretados em integração com todo o corpo da lei.

As disposições do artigo 9º² da Lei estabelecem uma ordem de na gestão e gerenciamento dos resíduos sólidos a respeito da estrutura, organização e prioridade, estabelecendo uma relação entre pessoas ou coisas, colocando em primeiro lugar a não geração de resíduos sólidos. Portanto, seguindo a ordem de prioridade, a primeira preocupação das pessoas sujeitas à esta lei deve ser não gerar resíduos, seguida de redução de resíduos, reutilização de resíduos, reciclagem de resíduos, tratamento de resíduos e a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

Considerando o objeto do presente estudo, fazem-se necessárias algumas considerações a respeito do Princípio do Reconhecimento do Valor do Resíduo Sólido Reutilizável e Reciclável. Inicialmente, vale esclarecer que a reutilização e a reciclagem são opções da política de resíduos sólidos para não gerar resíduos. Neste cenário, a reutilização se refere ao processo de aproveitamento dos resíduos sem que haja sua transformação biológica, física ou físico-química. Já a reciclagem, envolve a alteração das propriedades biológicas, físicas ou físico-químicas para a transformação dos resíduos em insumos ou novos produtos.

A PNRS dispõe, em seu artigo 6º, inciso VIII, que o resíduo sólido reutilizável e reciclável tem valor econômico e um valor social, que gera trabalho e renda, além de promover a cidadania. E, pensando-se no valor da reutilização e da reciclagem considerando a promoção do trabalho e da cidadania, a PNRS atribui destaque à importância dos catadores de materiais recicláveis na gestão integrada de resíduos sólidos. Dessa forma, a PNRS prevê a integração dos catadores nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos como um dos seus objetivos. Além disso, um dos instrumentos da PNRS é o incentivo à criação

² Art. 9º Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos. § 1º Poderão ser utilizadas tecnologias visando à recuperação energética dos resíduos sólidos urbanos, desde que tenha sido comprovada sua viabilidade técnica e ambiental e com a implantação de programa de monitoramento de emissão de gases tóxicos aprovado pelo órgão ambiental. § 2º A Política Nacional de Resíduos Sólidos e as Políticas de Resíduos Sólidos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão compatíveis com o disposto no caput e no § 1º deste artigo e com as demais diretrizes estabelecidas nesta Lei.

e ao desenvolvimento das cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis.

Com efeito, em seu artigo 15, a PNRS estabelece como metas a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica dos catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis. Vale destacar que o objetivo não é a eliminação da atividade dos catadores, mas sim sua inclusão social e sua valoração econômica. O fortalecimento do trabalho realizado pelos catadores de materiais recicláveis, portanto, representa um passo fundamental para a devida implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos. No entanto, após nove anos de publicação da lei que a institui, a PNRS ainda não foi devidamente implementada.

Para tanto, existem inúmeros desafios, tais como: baixa disponibilidade orçamentária e fraca capacidade institucional e de gerenciamento de muitos municípios brasileiros, especialmente os de pequeno porte, além da ausência de empenho do Estado em criar um plano posterior eficaz para tratar da desativação dos lixões e garantir os direitos dos moradores do local e daqueles que dali tiravam seu sustento. (HEBER e SILVA, 2014).

Principalmente nos municípios em que a pobreza é endêmica, o analfabetismo dominante, o saneamento básico inexistente, condições de saúde pública lastimáveis e a consciência política e ambiental não se conhecem, a implementação devida da Política Nacional de Resíduos Sólidos é um tremendo desafio. São tantos problemas sociais e econômicos a vencer que se pode considerar utópico imaginar que estes municípios poderão se enquadrar à PNRS e nos prazos que já não são respeitados. (BERRIOS, 2013). É o que ocorre, no caso em análise, com a população do antigo Lixão de Itaoca.

2. JUSTIÇA AMBIENTAL: QUESTÕES TEÓRICAS

O desenvolvimento econômico afeta diretamente certas populações. Além disso, não se pode olvidar que além da bandeira de sustentabilidade, é necessário e urgente que se fale sobre justiça social.

A justiça ambiental se baseia no princípio de que todas as pessoas têm direito à proteção contra a poluição ambiental e a viver em um ambiente limpo e saudável, garantindo, assim, formas igualitárias de proteção. Ou seja, trata-se de “um conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas.” (HERCULANO, 2008, P.2)

Uma outra linha interpretativa sobre o conceito de justiça ambiental defende que “para falar de justiça ambiental é importante falar de injustiça ambiental e isto tem a ver com o fato de que certas populações são afetadas pelo que o desenvolvimento econômico produz”, diz Marcelo Firpo Porto,

coordenador da pesquisa do Mapa da Injustiça Ambiental. “Além de sustentabilidade, é preciso haver justiça social, para que nenhum grupo seja desrespeitado em sua dignidade em nome do progresso econômico”, completa.³

No âmbito internacional, o movimento por justiça ambiental iniciou-se em 1978, no estado de Nova York, onde um grupo de moradores de um conjunto habitacional localizado na cidade de Love Canal, descobriu que suas casas estavam juntas a um canal aterrado com rejeitos químicos e bélicos (LEVINE, 1979; LEVINE, 1982; GIBBS, 1998).

No âmbito nacional, a relação entre meio ambiente e justiça social ganhou extrema importância em 1992, na ocasião da conferência da ONU realizada na cidade do Rio de Janeiro, a ECO 92. Neste período buscou-se trazer tal temática para discussões mais amplas e críticas buscando uma alternativa ao modelo dominante de desenvolvimento e o resultado disso foi a abertura de um diálogo entre as entidades ambientalistas e demais movimentos sociais e étnicos atingidos diretamente por este modelo.

Posteriormente, em 2001, a Universidade Federal Fluminense realizou o primeiro colóquio internacional acerca da temática Justiça Ambiental, onde se reuniram diversos e importante pesquisadores e ativistas e, na ocasião, foi criada a então Rede Brasileira de Justiça Ambiental. Esta, por sua vez, estabeleceu um conjunto de princípios sobre o tema. Que asseguram:

- a) Que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões políticas e de programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas;
- b) Acesso justo e equitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do país;
- c) Amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais e a destinação de rejeitos e localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhes dizem respeito;
- d) A constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento, que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso.

³ Entrevista concedida por Marcelo Firpo Porto a Adriano Wild intitulada *Pesquisador fala sobre importância do Mapa da Injustiça Ambiental*. Disponível em: <<http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/materia/detalhe/30657>>. Acesso em: 25 Set. 2019.

(MANIFESTO DE LANÇAMENTO DA REDE DE JUSTIÇA AMBIENTAL, 2001)

A seguir, abordaremos alguns aspectos empíricos relacionados ao Lixão de Itaoca em seu presente momento para que melhor se vislumbre a atual situação dos moradores de seu entorno em relação ao conceitual de justiça ambiental e ao cumprimento da PNRS.

3. LIXÃO DE ITAOCA (IN)JUSTIÇA AMBIENTAL E PNRS: ALGUMAS QUESTÕES

O extinto Lixão de Itaoca, localizado no Complexo do Salgueiro, no município de São Gonçalo, na cidade do Rio de Janeiro foi criado em 1970 e possui como área de disposição cerca de 200.000m². Antes da sua extinção, em 2012, por ocasião da implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos, o Lixão recebia diariamente cerca de 1.000 toneladas de resíduos domésticos, hospitalares e industriais. Por estar localizado entre a Serra de Itaúna e os manguezais da Ilha de Itaoca tais resíduos eram despejados sem qualquer tipo de tratamento em um vazadouro na Ilha de Itaoca, às margens da Baía de Guanabara e próximo a APA de Guapimirim, o que, ocasionou em uma grave ameaça ao ecossistema local e na contaminação do manguezal.

Foram décadas de descaso por parte da prefeitura de São Gonçalo e, devido à população do entorno estar em situação de extrema miséria, gerou por consequência uma economia regional calcada na coleta de materiais recicláveis, como também no consumo dos alimentos ali encontrados, onde adultos e crianças, por volta de 400 catadores (FIOCRUZ, 2010) são expostas diariamente e sem qualquer proteção aos diversos riscos ambientais, de saúde e de segurança.

De acordo com dados obtidos pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) por meio do Mapa de Conflitos Ambientais, entre os agravos à saúde identificados estão incluídos: acidentes; intoxicação alimentares e químicas por metal pesado; infecções respiratórias, cutâneas e digestivas; desidratações; anemias por má nutrição; fadigas por esforço intenso e exposição a altas temperaturas do ambiente.

As fotos abaixo demonstram um comparativo entre o antes (2004) quando o lixão ainda estava em atividade e o depois (2012) após o encerramento do lixão, vejamos:



Figura 1 - Relatório Final do PMSB – Plano Municipal de Saneamento Básico (2015, p. 239)

Porém, torna-se, importante abordar que com o encerramento das atividades do Lixão, muitos catadores, que têm um papel importante na efetivação da Política Nacional de Resíduos Sólidos, perderam sua fonte de renda e hoje contam com doações de ONG's e projetos sociais, já que não existem políticas públicas do governo que visem garantir seus direitos.

Em visitas realizadas pela ação social Por Gentileza⁴, foi possível observar que muitos moradores residem em moradias de compensado de madeira, lonas, chão de terra, sem acesso à água potável, sem acesso a um banheiro e sem qualquer iluminação. Muitos utilizam-se de pedaços de tijolos para improvisar um fogão, dormem em colchões improvisados, com muita umidade, junto com bichos, insetos, sem qualquer acesso ao mínimo de salubridade.



Figura 2 - Lixão de Itaoca (2019, instagram @porgentilezaoficial e @soslixaodeitaoca)

⁴ *Por Gentileza* é uma ação social realizada por um grupo de voluntários que tem por objetivo levar o mínimo de dignidade aos moradores da região. Mais informações podem ser acessadas pela rede social Instagram: @porgentilezaoficial.



Figura 3 - Lixão de Itaoca (2019, instagram @porgentilezaoficial)

As crianças, por sua vez, brincam entre os porcos, cachorros, no meio das fezes dos animais e no meio do lixo de forma geral.



Figura 4 - Lixão de Itaoca (2019, instagram @porgentilezaoficial e @soslixaoeitaoca)

Além das crianças, os idosos são extremamente afetados pelos riscos que foram expostos durante décadas.



Figura 5 - Barbudo, morador do lixão de Itaoca (2019, instagram @soslixaoeitaoca)

Em reportagem recente realizada pelo Boletim da Agenda Rio 2030, em julho de 2019, foi possível ouvir a voz da moradora Marcinha, que começou a trabalhar no lixão aos 12 anos de idades. Vejamos alguns trechos:

“Toda a minha vida está aqui”. Foi com esta frase que a catadora Márcia Ribeiro, de 24 anos, começou a conversa olhando para o morro do antigo aterro sanitário de Itaoca, no Complexo do Salgueiro, em São Gonçalo. [...] Desde os seus 12 anos de idade, ela viveu no lixão com sua mãe, avó, pai e irmãos [...]. Com o fechamento do lixão em 2012 [...] Marcinha e diversas outras famílias foram abandonadas a própria sorte, sem indenização apropriada e vivendo sob condições de profunda miséria. Foram prometidos R\$ 200,00 de indenização e cestas-básicas por quatro meses. Sete anos depois, a maioria das famílias que ainda vivem lá não foram contempladas. Sem qualquer vestígio da ação governamental para a inclusão social e emancipação econômica destes catadores, a vulnerabilidade está por toda a parte. [...] movimentos e coletivos da sociedade civil local, como o Por Gentileza e o SOS Lixão de Itaoca, buscam mitigar com mutirões colaborativos de arrecadação de alimentos, roupas, botijão de gás, telhas e o que mais for necessário. [...] “Um dia ouvimos uns barulhos lá fora e acabou.” Sem diálogos ou avisos, essa é a forma como Marcinha se lembra e descreve o momento em que as atividades do lixão de Itaoca foram encerradas. (BOLETIM DA AGENDA RIO 2030, 2019, P. 3)



Figura 6 Marcinha (BOLETIM DA AGENDA RIO 2030, 2019, p. 3)

CONCLUSÃO

Ante ao exposto, pode-se concluir que, em que pese o conceito de Justiça Ambiental assegure que todas as pessoas têm direito à proteção contra poluição ambiental e a viver em um ambiente limpo e saudável e que nenhum grupo de pessoas suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas, a realidade dos moradores do antigo lixão de Itaoca está em flagrante desacordo com esta ideia.

O que se verifica é uma situação de extrema vulnerabilidade social e ambiental, tendo em vista a exposição da população a diversos riscos ambientais por viverem em meio ao lixo, com solo, ar e água contaminados pela disposição ambientalmente inadequada de resíduos sólidos, configurando uma verdadeira situação de injustiça ambiental e social, além de demonstrar que mesmo após nove anos de publicação da lei, a Política Nacional de Resíduos Sólidos ainda não foi devidamente implementada.

Isso porque, embora a PNRS tenha como objetivo o enfrentamento dos problemas ambientais, sociais e econômicos decorrentes da disposição inadequada de resíduos sólidos, propondo hábitos sustentáveis e incentivando a reutilização e reciclagem, tais disposições estão muito distantes da realidade do antigo Lixão de Itaoca, não havendo ações do governo para este fim.

Observando, ainda, o exposto a respeito da situação dos moradores do lixão, verifica-se flagrante violação ao Princípio do Reconhecimento do Valor do Resíduo Sólido Reutilizável e Reciclável trazido pela PNRS que dispõe que o resíduo sólido reutilizável e reciclável tem valor econômico e valor social, que gera trabalho e renda, além de promover a cidadania.

Tal violação resta demonstrada pela situação em que se encontram os catadores do antigo lixão, pois os catadores de materiais recicláveis e reutilizáveis têm destacada sua importância na gestão integrada de resíduos sólidos, e, ainda, a PNRS prevê a integração dos catadores nas ações e incentivar a criação e desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis, buscando, por fim, a recuperação dos lixões e a inclusão social e a emancipação e valorização econômica destes.

No entanto, os moradores e catadores do antigo lixão encontram-se em situação deplorável, dependendo de doações pra sobreviver, pois, além dos riscos ambientais a que estão expostos, eles perderam sua fonte de renda em 2012, com o encerramento das atividades do lixão e, desde então, não houve, por parte do governo, a criação de políticas públicas com o objetivo de assegurar os direitos fundamentais dos moradores do local que consideraram-se abandonados pelo poder público. Dessa forma, resta clara a situação de injustiça ambiental e o descumprimento da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

REFEFÊNCIAS

ACSELRAD, H. *Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Estudos avançados 24, 2010.

BERRIOS, Manuel Rolando. *Dificuldades para aplicar a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos no Brasil*. 2013. Disponível em: <

<https://www.redalyc.org/pdf/3332/333228745001.pdf>> Acesso em 27 set. 2019.

BRASIL, Lei 12.305 de 02 de agosto de 2010. Dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Brasília, *Ministério do Meio Ambiente*. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 13 mai. 2019.

FIOCRUZ. *Mapas de conflitos ambientais*. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/?conflito=rj-cooperativa-dos-catadores-de-itaoca-ong-onda-solidaria-centro-pro-melhoramento-do-anaia-pequeno>>. Acesso em 30.set.2019.

HEBER, Florence; SILVA, Elvis M. D. *Institucionalização da Política Nacional de Resíduos Sólidos: dilemas e constrangimentos na Região Metropolitana de Aracaju (SE)*. Rio de Janeiro. Rev. Adm. Pública, 2014. v. 48, n. 4.

HERCULANO, S. *O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental*. São Paulo: InterfacEHS, 2006.

PREFEITURA DE SÃO GONÇALO. *Plano Municipal de Saneamento Básico, 2015*. Disponível em: <<http://200.20.53.7/guanabara/Content/DOWNLOAD/Planos%20completos/PMSB-S.%20GON%C3%87ALO.pdf>>. Acesso em 30.set.2019

SALLES, C. *Por mais Justiça Ambiental*. São Paulo. Disponível em: <<https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/artigos/381650476/por-mais-justica-ambiental>>. Acesso em 30.set.2019

Eixo temático 09



**DIVERSIDADE
NAS INSTITUIÇÕES,
EMPRESAS, RELAÇÕES
DE TRABALHO E FAMÍLIAS**

A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO

A mulher gestante em atividades insalubres após a Reforma Trabalhista

Bruna Figueiredo Costa Tiago

*Universidade Federal Fluminense, Graduanda, VDI, Volta Redonda, Brasil
brunafigueiredo@id.uff.br*

Carla Appolinário de Castro

*Universidade Federal Fluminense, Doutora e Professora, SDV, Niterói, Brasil
carlauffvr@gmail.com*

RESUMO

As previsões legais existentes protetivas à mulher têm como consequência um incômodo não atrativo aos empregadores no que diz respeito à contratação de mulheres. Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar os direitos das mulheres no mercado de trabalho conquistados historicamente sob o prisma da não discriminação, especialmente tendo como filtro o caso da trabalhadora gestante sujeita a atividades ou locais insalubres. O desenvolvimento do trabalho se dá através do método dedutivo, tendo como base a legislação em vigor, a literatura pertinente e a jurisprudência. Em um primeiro momento, analisar-se-á, historicamente, a legislação brasileira relativa ao trabalho feminino. Em um segundo momento, analisar-se-ão os direitos trabalhistas existentes da empregada gestante e, especificamente, a proteção da gestante quando sujeita a operações ou locais insalubres. Em um último momento, analisar-se-ão as modificações introduzidas pela Reforma Trabalhista quanto a temática, bem como a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938. Como resultado, apontar-se-á pela verdadeira reviravolta ao retrocesso social refletido nas inúmeras alterações na CLT advindas pela Lei nº 13.467/2017, justificando-se, portanto, a luta não só pela inconstitucionalidade da norma que previa o trabalho de gestante em locais insalubres, mas de todas as demais inconstitucionais.

Palavras-chave: trabalho insalubre; trabalho gestante; ADIN nº 5.938.

INTRODUÇÃO

Apesar de a Constituição Federal de 1988 e a legislação ordinária proibirem a discriminação de gênero no mercado de trabalho, ainda assim nos deparamos hoje com a discriminação indireta praticada pelos empregadores,

quando deixam de contratar a mulher sem que o seu real motivo seja exposto. É fato que as previsões legais existentes protetivas à mulher têm como consequência um incômodo não atrativo aos empregadores no que diz respeito à contratação de mulheres (COLLANERI, 2018).

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar os direitos das mulheres no mercado de trabalho conquistados historicamente sob o prisma da não discriminação, especialmente tendo como filtro o caso da trabalhadora gestante sujeita a atividades ou locais insalubres. O desenvolvimento do trabalho se dá através do método dedutivo, tendo como base a legislação em vigor, a literatura pertinente e a jurisprudência.

Antes da Reforma Trabalhista, havia uma previsão legal de que à empregada gestante ou lactante era assegurado o direito ao afastamento de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, pelo tempo que durasse a condição impeditiva (BRASIL, 2016). Tal proteção visava proteger não apenas a saúde da mulher, mas também a vida do nascituro. Ocorre que a Reforma Trabalhista trouxe diversas alterações significativas ao texto legal da CLT (BRASIL, 2017).

O objetivo do legislador da Reforma Trabalhista era prever a possibilidade de mulheres gestantes e lactantes laborarem em locais insalubres independentemente do grau de insalubridade. A justificativa do legislador era, de modo irônico, a diminuição da discriminação da mulher no mercado de trabalho, confessando, então, que haveria um desestímulo à contratação de mulheres em alguns setores, em especial os insalubres.

No entanto, após pressões políticas, a CLT foi alterada a fim de que o trabalho somente fosse permitido em locais onde a insalubridade registrada fosse em grau médio e mínimo e desde que a mulher voluntariamente apresentasse atestado médico autorizando o labor.

Ora, o que a alteração venho trazer foi um ônus à própria empregada gestante que, além de suportar todo o período de vulnerabilidade que a maternidade impõe, deveria apresentar atestado de saúde como condição ao seu afastamento. Tal ônus sujeitava a empregada mulher à maiores complicações no exercício de seu direito, sobretudo para aquelas que não têm acesso à saúde básica (MORAES, 2019).

Foi exatamente o que foi reconhecido recentemente pelo Supremo Tribunal Federal em maio do corrente ano (2019), ao julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938, invalidando a nova norma trazida pela Reforma Trabalhista (artigo 394-A da CLT).

1. PANORAMA HISTÓRICO ACERCA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA RELATIVA AO TRABALHO FEMININO

Ao adentrarmos no estudo das legislações que trataram do trabalho feminino, importante destacar que a mulher sempre permaneceu em uma posição de inferioridade em relação aos homens, imposta dentro da sociedade através dos primeiros regramentos surgidos no Brasil (COLLANERI, 2018).

Como exemplo, podemos citar a primeira lei brasileira que trata do direito das mulheres, a chamada Lei Geral, de 15 de outubro de 1827, que permitiu que meninas frequentassem as instituições de ensino elementar, que antes era proibido para o sexo feminino (BRASIL, 1827). Do mesmo modo, em abril de 1879, a aprovação de uma nova lei, pelo então Imperador D. Pedro II, passou a autorizar a presença feminina também nos cursos superiores (BRASIL, 1879).

Em sequência cronológica, podemos visualizar os demais regramentos jurídicos a respeito do domínio patriarcal na relação estabelecida entre homem e mulher. Era claro tal domínio no tratamento dos efeitos do casamento civil, na representação e cuidado da família, bem como na administração dos bens do casal. Como exemplos podemos citar o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890 e, conseqüentemente, o advento do Código Civil Brasileiro em 1916 (BRASIL, 1890; 1916).

Tal cenário, inclusive jurídico, que sempre esteve exposto na sociedade, ou seja, a posição de inferioridade da mulher em relação ao homem, teve reflexos também no trabalho feminino, que era sinônimo de dever com os afazeres domésticos e cuidados com os filhos.

Somente com a Revolução Industrial, a partir da segunda metade do século XVIII, que o trabalho da mulher teve significativa mudança. Neste sentido, Jorge Souto Maior:

(...) a Revolução Industrial foi, como para toda a história humana, um marco para o trabalho feminino. Até então as atividades desempenhadas pelas mulheres eram consideradas de menor relevo (apesar de essenciais para a comunidade). Porém com os novos fatores introduzidos pela industrialização, a força de trabalho de ambos os sexos foi afetada. A mulher, antes considerada mais fraca para o trabalho braçal, poderia contar com instrumentos que fariam a produção depender menos de força física (MAIOR, 2008, p. 354).

Em 17 de maio de 1932, foi expedido o Decreto nº 21.417-A. Esse Decreto foi a primeira lei a tratar da situação da mulher trabalhadora no Brasil, em especial de suas condições laborais. Logo em seu artigo 1º, já previu: “Sem distinção do sexo, a todo trabalho de igual valor correspondente salário igual”. *Esse* brocardo está previsto até hoje em nossa Carta Magna. Do mes-

mo modo, o Decreto previu a proibição do trabalho da mulher nos serviços perigosos e insalubres: CLT/1943, art. 391-A: “A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, (...), garante à empregada gestante a estabilidade provisória (...).”

Mas foi somente em 22 de maio de 1934, com a expedição do novo Decreto de nº 24.273 que se criou o “Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários”, trazendo previsão legal quanto ao auxílio maternidade (art. 1º).

Assim, é possível auferir que os direitos trabalhistas da mulher foram duramente conquistados ao longo da história, em especial da mulher gestante. Em um panorama histórico geral acerca da legislação brasileira relativa ao trabalho feminino da mulher gestante, podemos perceber que seu desenvolvimento se deu de forma gradativa.

A Convenção nº 3 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 1919, foi uma das principais Convenções a proteger a mulher quando ela se encontrava no estado puerperal, garantindo a mesma o direito à licença maternidade antes e depois do parto.

Entretanto, em que pese tais diplomas ao longo dos anos, foi somente em 1988, com a nova Constituição Federal, a chamada Constituição Cidadã, em um cenário de Estado Democrático de Direito, que se consagrou, de fato, a proteção máxima à mulher, pois trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro significativas alterações no que tange aos direitos humanos fundamentais (BRASIL, 1988).

A empregada gestante teve direito a licença à maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo de seu emprego e de seu salário. Além disso, destacou-se outros direitos como o de fazer consultas médicas e exames, estando dispensada do trabalho nesses dias, além de estabilidade e auxílios. Nesta esteira, a CLT (Decreto nº 5.452 de 1943), em seu capítulo III, com redação dada pela Lei nº 9.799 de 1999, consagrou a proteção do trabalho da mulher, em especial a seção V (proteção da maternidade).

2. DIREITOS TRABALHISTAS DA MULHER GESTANTE: SUA PROTEÇÃO QUANDO SUJEITA A OPERAÇÕES OU LOCAIS INSALUBRES

Antes da chamada Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), havia uma previsão legal na CLT que conferia à empregada gestante ou lactante o direito ao afastamento de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, pelo tempo que durasse a condição impeditiva (gestação ou lactação).

Tal proteção havia sido alcançada em 2016, através da redação dada pela Lei nº 13.287/2016, que incluiu o artigo 394-A ao texto da Consolidação:

Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.

A justificativa para tal dispositivo, alegada em seu projeto de lei, recaía no fato de que a previsão normativa, inserida em 2016, visava proteger não apenas a saúde e a vida da mulher, mas principalmente a do nascituro.

É inegável e provado cientificamente que, os tipos de substâncias absorvidas pela mulher, sujeita a operações ou locais insalubres, comprometem os processos de desenvolvimento do feto, bem como a amamentação (COLLANERI, 2018).

Contudo, apesar dos esforços, lutas e reivindicações promovidas pelas mulheres ao longo dos anos, com a consagração do referido direito em 2016, a chamada Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) apresentou outra redação ao supra dispositivo, representando um verdadeiro retrocesso social a tudo que já fora conquistado, como foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal e como veremos a seguir.

3. O ARTIGO 394-A DA REFORMA TRABALHISTA: VERDADEIRO RETROCESSO SOCIAL

Conforme visto acima, a redação anterior à Reforma Trabalhista conferia a empregada gestante ou lactante o direito ao afastamento de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, pelo tempo que durasse a condição impeditiva (gestação ou lactação).

Ocorre que, através das inúmeras alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), em vigor desde 11.11.2017, esse direito se esvaiu, conforme nova redação do art. 394-A que passou a constar:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Importante destacar que a redação original da Lei nº 13.467/2017 para este artigo específico não era essa. O objetivo do legislador reformador era prever a possibilidade de gestantes e lactantes trabalharem em locais insalubres independentemente do grau de insalubridade. Contudo, após pressões políticas em razão da relevância do tema, a lei foi alterada com a redação acima, apenas flexibilizando-se a norma anteriormente inserida em 2016.

A justificativa do legislador reformador para a permissão do trabalho em ambientes insalubres de grau médio e mínimo foi diminuir a discriminação em algumas profissões, em especial em alguns setores, o que supostamente estaria provocando um desestímulo à contratação de mulher (COLLANERI, 2018). Ora, há uma contradição nessa argumentação (minimização da desigualdade de gênero), bem como uma confissão do legislador reformador de que haveria um desestímulo à contratação de mulheres, o que não é novidade e não se justifica pois esse desestímulo sempre esteve presente desde os primeiros dispositivos de proteção ao trabalho da mulher.

Além do mais, o que a alteração nesse dispositivo veio trazer foi, na verdade, um ônus à própria empregada gestante que, além de suportar todo o período de vulnerabilidade que a maternidade impõe, deveria apresentar um atestado de saúde como condição ao seu afastamento. Tal ônus sujeitava a empregada gestante à maiores complicações no exercício de seu direito, sobretudo para aquelas que não possuem acesso à saúde básica (MORAES, 2019).

4. O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.938 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938 foi proposta em 26.04.2018 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, cujo objetivo era contestar os incisos II e III do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com redação conferida pelo artigo 1º da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), em contrariedade com os dispositivos constitucionais arts. 1º, IV, 6º, 7º, XX e XII, 170, 193, 196, 201, II, 203, I e 225.

Em sua peça exordial, a Confederação sustentou que o dispositivo estimulava o trabalho insalubres das gestantes e das lactantes, porquanto cabia a elas o ônus de justificar, através de atestado de saúde, sua condição de vulnerabilidade.

Para a Entidade, a maioridades das mulheres – trabalhadoras de baixa renda e de pouca escolaridade –, ante a possibilidade de perda da remuneração a título de adicional de insalubridade, deixarão de procurar um médico

para continuarem trabalhando em condições insalubres, comprometendo não só a sua saúde, mas, também, a saúde dos nascituros e dos recém-nascidos.

A ADI nº 5.938 foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal em 29 de maio de 2019, que declarou inconstitucional, por unanimidade, a expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei nº 13.467/2017.

O plenário acompanhou o voto do Ministro Alexandre de Moraes e vetou, por 10 votos a 1, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, a permissão de trabalho insalubres por mulheres grávidas ou lactantes, independentemente do grau de insalubridade.

De acordo com o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, o afastamento é uma norma razoável, inclusive para o setor da saúde: “A norma do afastamento existe desde a época da Consolidação das Leis do Trabalho e isso nunca atrapalhou esses setores”.

Acompanhando tal posicionamento, a Ministra Rosa Weber, em seu voto, considerou a norma impugnada como um “retrocesso social”, defendeu a Justiça do Trabalho e criticou a Reforma Trabalhista: “Atualmente, em muitos sentidos, se nós formos aplicar o nosso Código Civil, teremos uma proteção mais efetiva ao trabalhador do que se aplicarmos a CLT com a reforma trabalhista”.

A decisão do Supremo Tribunal Federal representa um verdadeiro impedimento ao retrocesso social e constitui a primeira decisão que derruba ponto da Reforma Trabalhista, aprovada em 2017.

CONCLUSÃO

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) representa uma das maiores flexibilizações promovidas nos últimos tempos, tornando maleável a rigidez dos direitos trabalhistas. Nesse diapasão, Vólia Bonfim Cassar entende que:

A reforma trabalhista é uma imposição do atual governo, que começou timidamente com um projeto de poucos artigos e se transformou num monstro jurídico consubstanciado, hoje, no substitutivo do Projeto de Lei 6787/16, aprovado pela Câmara e hoje no Senado sob o número PLC 38/17. O conteúdo do Projeto de Lei, ao contrário do afirmado pela imprensa, desconstrói o Direito do Trabalho como conhecemos, inverte seus princípios, suprime regras favoráveis ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, a livre autonomia da vontade, o negociado sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas),

valoriza a imprevisibilidade do trabalho, a liberdade de ajuste, exclui regras protetoras de direito civil e de processo civil ao direito e processo do trabalho. (CASSAR, 2017).

Assim, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal em maio do corrente ano (2019), ao declarar inconstitucional redação do art. 394-A introduzido pela Reforma, que permitia o trabalho de mulher gestante ou lactante em ambientes insalubres, reflete a verdadeira reviravolta ao retrocesso social, o que foi reconhecido por aquela Corte.

Justifica-se, portanto, a luta não só pela inconstitucionalidade da norma que previa o trabalho de gestante ou lactante em locais insalubres, mas de todas as demais normais inconstitucionais, uma vez que, de fato, a imposição do governo consubstanciada na Reforma Trabalhista suprime direitos básicos do trabalhador e exclui regras protetoras ao trabalho, invertendo princípios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Brasília, DF: Senado Federal, 2017 (Reforma Trabalhista).

BRASIL, *Consolidação das Leis do Trabalho*, Brasília, DF: Senado Federal, 1943 (atualizada).

BRASIL. Constituição Federal, de 05 out. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988 (atualizada).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.938/DF – Distrito Federal*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, maio de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>>. Acesso em: junho de 2019.

COLLANERI, Carla Lourenço Tavares. *A gestante em atividades insalubres: proteção ou discriminação? Uma visão acerca da legislação após as recentes alterações trazidas pela Reforma Trabalhista*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20646&revista_caderno=25>. Acesso em junho de 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª ed. Editora LTr, São Paulo, 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho: A relação de emprego*. São Paulo, Editora LTr, 2008.

PARREIRA, Natalia. *Aspectos relevantes acerca da proteção à maternidade*. Ensino Superior. Unifor (MG). Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10562>. Acesso em junho de 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista - Análise da Lei 13.467/2017 - Artigo por Artigo*. 1ª ed. Revista dos Tribunais, 2017.

FERRAZ, Fernanda Basto. VIANA, Carina Ribeiro. *A compatibilização da maternidade com o trabalho da mulher frente ao princípio constitucional da igualdade*. Monografia Jurídica para obtenção do título de Bacharel em Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 2009. Disponível em: <<http://www.repositoriobib.ufc.br/000004/000004AF.pdf>>. Acesso em junho de 2019.

A HETERONORMATIVIDADE COMO FONTE DE HOMOFOBIA EM GAYS AFEMINADOS

Dra. Fernanda Pontes Pimentel

*Professora em Universidade Federal Fluminense
fernandapimentel.uff@gmail.com*

Thiago Opolski

*Mestrando em Direito e Sociologia em Universidade Federal Fluminense
(PPGSD/UFF).
thiagopolski@hotmail.com*

RESUMO

A homofobia é uma forma de intolerância que decorre de diversas causas. Podemos apontar a heteronormatividade como agravante deste contexto, já que se trata de um padrão socialmente estabelecido que se baseia em critérios biológicos para determinar que apenas devem existir relações heterossexuais. Diante disso, gays afeminados sofrem com essa padronização criada no imaginário social, pois se comportam e/ou possuem atitudes consideradas femininas naquela sociedade.

Essa situação de intolerância gera vulnerabilidade social a esses sujeitos que ficam marginalizados na realidade onde estão inseridos.

Palavras-chave: Heteronormatividade, Homofobia, Gays afeminados.

INTRODUÇÃO

Atualmente os elevados índices de violência e marginalização apresentada contra gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, queers, intersexuais e mais (LGBTQI+) revelam a necessidade de compreensão das causas dessas intolerâncias, especificamente contra gays afeminados.

O machismo estrutural presente em nossa sociedade cria uma série de comportamentos e atitudes esperadas para homens, sendo que os gays com preferências avaliadas em nossa cultura como “femininas” sejam ridicularizados e julgados inferiores.

Nesse contexto, possuímos indivíduos com total dificuldade em se adequar em sociedade, já que fogem do padrão imposto, gerando a vulnerabilidade social, pois muitos são expulsos de casa com pouca idade, são vítimas

de agressão física e psicológica, cometem suicídio, entre outras situações degradantes.

Ligado a isso, temos a reflexão sobre a identidade dos indivíduos e como ela é construída em sociedade.

Segundo Michael Foucault, os variados debates a respeito da sexualidade foram articulados pela religião, pela psiquiatria, pela política e pela sexologia. Esses discursos tinham como objetivo realizar a produção e controle de formas e “espécies” de sexualidade, estabelecendo conceitos decorrentes da noção de perversão e anormalidade circunscritas nas variáveis de homossexualidade e transexualidade (FOUCAULT, 1988).

Essa normatização social da sexualidade limita os indivíduos na expressão de seus corpos e sexualidades, fato este que gera diversos prejuízos de ordem psicossociais e vulnerabilidade social para aqueles que são contrários à heteronormatividade.

Para tanto, será realizada extensa revisão bibliográfica para entender a heteronormatividade, machismo estrutural, entre outros fatores que forem necessários para se demonstrar como essa intolerância ocorre contra gays afeminados.

1. A HETERONORMATIVIDADE

A heteronormatividade trata-se de norma imposta socialmente com o objetivo de controlar e normatizar os modos de experiência na vivência da sexualidade e desempenho dos corpos.

Essa normatização se baseia em critérios socialmente aceitos em determinada sociedade que se utiliza de fundamentos biológicos e deterministas, onde há apenas duas possibilidades direcionadas as pessoas, que podem ser feminino/fêmea ou masculino/macho.

Nesse sentido, Judith Butler menciona que:

A heterossexualização do desejo requer e institui a produção de oposições discriminadas e assimétricas entre “feminino” e “masculino, em que estes são compreendidos como atributos expressivos de “macho” e de “fêmea”. A matriz cultural por meio da qual a identidade de gênero se torna inteligível exige que certos tipos de “identidade” não possam “existir” – isto é, aqueles em que o gênero não decorre do sexo e aqueles em que as práticas do desejo não “decorrem” nem do “sexo” nem do “gênero”. (BUTLER, 2019, p. 44)

Ocorre que o padrão de normalidade não deveria partir da imposição do “sexo biológico”, haja vista que a construção das performances de gênero são realizadas pelo sujeito através de suas experiências vivenciadas em socie-

dade. Porém, o que acontece é que as performances são limitadas e julgadas como certas ou erradas com base no sexo-genitália, que funciona como um dispositivo de poder.

Os autores Foucault e Butler discutem as formações e representações das identidades a partir de um sistema político de poder que condena as minorias, perpassando repressões, principalmente no que diz respeito às dicotomias entre feminino/masculino e hetero/homossexual, enfraquecendo identidades contrárias a estas normas.

Assim, as dominações de poder são estabelecidas por um sistema baseado em oposições, onde um é definido como normal e o outro anormal, em que o masculino é visto como superior ao feminino e, o heterossexual é o normal que reprime o homossexual.

Os autores ainda aduzem que há uma necessidade humana de se identificar, tanto para se diferenciar como para se igualar, e os discursos produzidos acerca dos corpos disponibilizam opções dicotômicas para que isto ocorra.

Nesse mesmo sentido Jacques d'Adesky (2018) discutindo sobre racismo, apresenta uma distinção dicotômica para se estabelecer o feio e o belo na aparência física:

Há uma interação complexa que remete ao mesmo tempo aos modelos de diferenciação ou de ressignificação, tal como a negritude, viabilizando a percepção da exclusão, mediante ativação de atributos positivos. Esse mecanismo de interação que passa do negativo ao positivo é fundamental, já que permite designar o belo e o feio, levando em conta não só a natureza das variáveis que compõem a identidade pessoal, mas também a matriz que forma as identidades coletivas. (d'ADESKY, 2018, p. 34)

Essa dicotomia elaborada contribui para que haja a homofobia contra homossexuais, principalmente aqueles que fogem dos padrões impostos em sociedade.

Portanto, essas regras estipulam como as pessoas devem expressar suas sexualidades e viver seus desejos, e ainda, como devem habitar seus corpos.

Muitas vezes em nosso cotidiano agimos de maneira inconsciente a certas normas sociais que são desenvolvidas na cultura e apresentada como certas e verdadeiras para todos os sujeitos.

Essas concepções legitimadas com base na cultura e padronizadas em sociedade estipulam o sistema heteronormativo que determina os comportamentos e modos de lidar com os corpos pautado nos discursos biologicistas.

O significado da palavra heteronormativo vem da junção de hetero e norma, onde hetero significa diferente, outro, e na concepção sexual se trata do sujeito que sente atração por pessoa de sexo diferente do seu, enquanto homossexual é quem sente atração por pessoa do mesmo sexo.

O termo norma é utilizado para dar significado a aquilo que regula procedimentos ou atos, regra ou costume.

Portanto, o termo heteronormatividade pode ser definido como um comportamento padrão imposto ligado a sexualidade, determinado como norma e como normal a atração e comportamentos sexuais entre indivíduos de sexos diferentes.

A contrassexualidade é. Em primeiro lugar: uma análise crítica da diferença de gênero e de sexo, produto do contrato social heterocentrado, cujas performatividades normativas foram inscritas nos corpos como verdades biológicas (Judith Butler, 2001). Em segundo lugar: a contrassexualidade aponta para a substituição desse contrato social que denominamos Natureza por um contrato contrassexual. No âmbito do contrato contrassexual, os corpos se reconhecem a si mesmos não como homens ou mulheres, e sim como corpos falantes, e reconhecem os outros corpos como falantes. Reconhecem em si mesmos a possibilidade de aceder a todas as práticas significantes, assim como a todas as posições de enunciação, enquanto sujeitos, que a história determinou como masculinas, femininas ou perversas. (PRECIADO, 2017, p. 21)

Segundo Michael Walzer, quando relaciona o pluralismo às diversas identidades sociais existentes em sociedades modernas complexas demonstra que o indivíduo é um ser produzido culturalmente através dos interesses e tradições de certa comunidade. (CITTADINO, 2000)

Assim sendo, a heteronormatividade estipula o padrão comportamental e sexual relativos a heterossexualidade na cultura, ignorando e se impondo a formas diferentes a ela, conforme abordado pela autora Butler:

Ora, do ponto de vista desse campo, certos tipos de “identidade de gênero” parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente por não se conformarem às normas da inteligibilidade cultural (BUTLER, 2019, p. 44).

Percebe-se que este padrão se naturalizou na sociedade em razão de alguns períodos da história que contribuíram para isso, como no caso dos discursos médicos que desde o século XIX vem formalizando a heteronormatividade e o binarismo decorrente desta imposição, que estipula certas condutas sexuais como normais e as expressões da masculinidade e da feminilidade em parâmetros de saúde/normalidade ou doença/anormalidade.

Muitas das grandes questões públicas bem como muitos problemas privados são descritos em termos “de psiquiatria” – frequentemente, numa

tentativa patética de evitar as grandes questões e problemas da sociedade moderna. (MILLS, 1972, p. 19)

Segundo Butler, a “regulação binária da sexualidade suprime a multiplicidade subversiva de uma sexualidade que rompe as hegemonias heterossexual, reprodutiva e médico-jurídica” (BUTLER, 2019, p. 47).

Outro ponto importante de se apresentar é a respeito da divisão sexual do trabalho que cria homens e mulheres, e os cria como heterossexuais, eliminando a homossexualidade e oprimindo homossexuais, tudo isso deriva do mesmo sistema de opressão contra as mulheres (RUBIN, 2017, p. 32).

A divisão sexual do trabalho visa estabelecer uma dependência recíproca entre os sexos, determinando as atividades que cada sexo deveria fazer como uma medida econômica viável.

Além desse sistema capitalista de produção, também existem outras formas de dominação baseada em uma estrutura matriarcal de poder, como a religião que visava estabelecer a estruturação da ideia de família relacionada a heterossexualidade.

Sobre os direitos à homossexualidade que no final do século XX houve uma grande reviravolta nas histórias dos casamentos, já que o casamento homossexual passou a ser validado ou reivindicado por grande parte da população de países da Europa, porém, o maior impedimento em países como Inglaterra e Estados Unidos era a comunidade religiosa que lutavam para que esse direito não fosse concebido. (THERBORN, 2006, p. 329-331)

Ainda, podemos descolonizar o pensamento, analisando a influência do pensamento ocidental que ocorreu em nosso país, segundo Boaventura:

Às Américas chegou o homem heterossexual/branco/patriarcal/cristão/militar/capitalista/europeu, com as suas várias hierarquias globais enredadas e coexistentes no espaço e no tempo. [...] uma hierarquia global que privilegia os homens relativamente às mulheres e o patriarcado europeu relativamente a outros tipos de relação entre os sexos [...] uma hierarquia sexual que privilegia os heterossexuais relativamente aos homossexuais e lésbicas (e é importante recordar que a maioria dos povos indígenas das Américas não via a sexualidade entre homens como um comportamento patológico nem tinha qualquer ideologia homofóbica). (SANTOS, 2009, p. 380-381)

Dessa forma, o patriarcado e as concepções de sexualidade, espiritualidade e epistemologia europeias foram exportados para o restante do mundo mediante a expansão colonial. O que trouxe critérios hegemônicos para o mundo todo, racializando, classificando e patologizando a população mundial de acordo com critérios de inferiorização e superioridade de raças. (SANTOS, 2009, p. 382)

Essas ideias homofóbicas e sexistas transmitidas pela expansão colonial europeia estratificam as sociedades colonizadas, ignorando o pensamento social diferente que pudesse existir.

A reflexão sobre a ideia de dominação por diversos aspectos, tais como o capitalismo, colonialista e religioso nos auxilia na reflexão e desconstrução da heteronormatividade imposta.

Como abordado, no campo da sexualidade, possuímos a heterossexualidade como norma, sendo que nesse campo, pressupõe a superioridade dos homens em relação às mulheres.

Portanto, a inferiorização das mulheres e a estigmatização de tudo o que se encaixa como feminina no imaginário social tem relevância na vida dos gays vistos como afeminados.

Os homens gays afeminados são aqueles que exercem uma performance com características socialmente construídas estabelecidas como do feminino.

As diversas formas de violências psicológicas enfrentadas por gays afeminados decorrem do uso de palavras associadas ao feminino, com o objetivo de inferiorizar esses sujeitos, tais como “mulherzinha”, “pão com ovo”, “bichinha”. Fatos que também ocorrem entre homossexuais, já que ridicularizam gays com comportamentos vistos como não masculinos.

Com esses comportamentos socialmente impostos, baseados no machismo estrutural, o homem deveria se comportar de forma viril, com uma masculinidade agressiva, distante de qualquer associação que remeta à características femininas, como a sensibilidade, fragilidade, atividades domésticas e outros.

Dessa forma, a visão patriarcal estabelece formas de masculinidades diante de atos violentos, discriminando sujeitos que não se comportem de acordo com a heteronormatividade.

O padrão heteronormativo contribui muito para que haja essa intolerância, que pode não deve ser aceita, conforme o autor Diogo Aurélio define:

A imposição de uma opinião ou de uma norma de comportamento jamais poderá reivindicar qualquer espécie de legitimidade e remeterá sempre para o domínio da violência. Dito de outro modo, por natureza, cada um tem o direito de viver como achar melhor e de sustentar a verdade que entender, ainda que esta não passe, para todos os outros, de um simples erro. (AURÉLIO, 1996, p. 181)

O debate a respeito da heteronormatização na sociedade brasileira se mostra importante também em razão de que essas regras estabelecidas em sociedade prejudicam a construção identitária dos indivíduos, pois várias ca-

racterísticas da personalidade que poderiam ser transformadas ou desenvolvidas ficam reprimidas, gerando sentimento de frustração.

2. A HOMOFOBIA EM DECORRÊNCIA DA HETERONORMATIVIDADE

A homofobia se trata de intolerância relacionada a orientação sexual. Existem várias atitudes que configuram a homofobia, desde agressões físicas, psicológicas e exclusão social que possam ocorrer de forma direta ou indireta.

A homofobia afeta todos os homens gays, entretanto, alguns gays sofrem com maior intensidade, os chamados afeminados, ou seja, aqueles homossexuais que possuem comportamentos ou aparência que seja considerada feminina no espaço em que convive.

Por não se encaixarem em padrões de masculinidade, são marginalizados até mesmo por outros homossexuais, o que perceptivelmente tem relação com a misoginia, que é o ódio contra mulheres e contra o que se remete ao feminino.

Desde a infância, gays afeminados passam por rejeições de diversos ambientes, tais como na escola, família e outros espaços de sociabilidade. Muitos são expulsos de casa em razão dos comportamentos e/ou orientação sexual ou então não conseguem frequentar certos espaços por causa da homofobia presenciada.

Na fase adulta enfrentam problemas para se inserir no mercado de trabalho, já o preconceito cria impedimentos e estabelece certos estereótipos de profissões que gays afeminados deveriam ocupar.

Essas intolerâncias sofridas nestes indivíduos contribuem para o desenvolvimento de diversos problemas psicológicos, que se não forem bem trabalhados pode gerar consequências graves como o suicídio, que é muito recorrente na população LGBTQI+.

O sistema de estratificação sexual cria vítimas fáceis, desprovidas de poder para se defender, bem como um aparato preexistente para controlar seus movimentos e restringir suas liberdades. O estigma contra os dissentes sexuais torna-os moralmente indefesos. Todo momento de pânico moral traz consequências em dois níveis. A população visada é a que mais sofre, mas todos são afetados pelas mudanças sociais e legais. (RUBIN, 1984, p. 109)

Para a autora, toda situação de risco e pressão social levaria esses indivíduos a uma marginalização, colocando eles como inferiores. Mesmo que afete aparentemente somente homossexuais, essas exclusões também afetam

homens heterossexuais, já reprime o indivíduo a se expressar da forma como quiser.

Nesse sentido cabe apontar as considerações de Joseph Raz que afirma que sem o pluralismo valorizado não pode haver a verdadeira autonomia pessoal, que decorre da possibilidade dos sujeitos escolherem entre as várias formas de vida moralmente válidas aquela pela qual se identifica, mesmo que a validade moral dessas concepções sejam alheias ao valor a ela estabelecido por outros indivíduos que as utilizam. (CITTADINO, 2000, p. 79)

Sendo assim, uma sociedade que discrimina outras formas de se expressar a identidade do indivíduo contribui para a sua marginalização, nesse presente caso se apoiando em valores baseados no machismo estrutural.

Essa vulnerabilidade do sujeito prejudica sua liberdade política e as liberdades civis, já que não consegue desenvolver suas capacidades e viver de forma digna como se defendido pelos direitos humanos, conforme Amartya Sen:

A liberdade política e as liberdades civis são importantes por si mesmas, de um modo direto; não é necessário justificá-las indiretamente com base em seus efeitos sobre a economia. Mesmo quando não falta segurança econômica adequada há pessoas sem liberdades políticas ou direitos civis, elas são privadas de liberdades importantes para conduzir suas vidas, sendo-lhes negada a oportunidade de participar de decisões cruciais concernentes a assuntos públicos. Essas privações restringem a vida social e a vida política, e devem ser consideradas repressivas mesmo sem acarretar outros males (como desastres econômicos). (SEN, 2000, p. 31)

Como as liberdades políticas e civis são elementos constitutivos da liberdade de todos indivíduos, sua ausência em uma sociedade demonstra ser uma deficiência.

O machismo estrutural que é seguido e absorvido pela sociedade pode ser interpretado como medo na perda de valores ou tradições estabelecidas historicamente.

De acordo com Michael Walzer, em uma democracia há a necessidade do reconhecimento da diferença através da tolerância política, diferente do liberalismo que se baseia na ideia de tolerância moral, onde cada um pode viver de acordo com suas próprias convicções. (CITTADINO, 2000)

Nesse sentido, podem ser constituídas algumas medidas para o combate da homofobia, como foi recentemente com a criminalização por decisão do Supremo Tribunal Federal, o que também poderia ser utilizado nas campanhas de prevenção em ambientes escolares.

O espaço social é ocupado por uma série de grupos em conflito, em relação cuja instabilidade decorre de séries múltiplas de costumes, folkways e mores divergentes e competitivos, tornando precário e de legitimidade muito discutível o bloco dominante de normas, sobretudo porque as “subculturas” engendram contra-instituições. Estas são animadas por verdadeiro ímpeto contracultural, inassimilável à cultura dominante. Conseqüentemente, a organização social estabelecida tem de haver-se com ataques constantes de anomia (contestação das normas impostas pela ordem prevalecente), que reivindica mudança, em padrões de comportamento abertamente desafiador e também instituído, em setores mais ou menos amplos da sociedade não “oficial. (FILHO, 1982, p. 38)

A cultura dominante estabelece o controle social de costumes e usos da população, enquanto os oprimidos, ou seja, aquelas pessoas que possuem comportamentos e pensamentos diferentes ficam marginalizados na sociedade.

A homofobia em nosso país é estabelecida em diversos ambientes, dentro e fora de casa, sendo muitas vezes através do conceito de padronização de família que direciona as crianças para um padrão sexual e reprodutivo, levando a entender que qual comportamento e pensamento diferente disso é anormal.

O medo da rejeição e a violência familiar gera insegurança nos homossexuais na aceitação social e na falta de amparo diante das intolerâncias presenciadas em sociedade.

Entretanto, apesar do primeiro contato com os valores morais serem em âmbito familiar, os ataques homofóbicos são enfrentados em vários ambientes sociais, haja vista que os valores que norteiam a sociedade são baseados em questões tradicionais que reproduzem repressões e impedem o descobrimento da orientação sexual nos indivíduos, os privando de exercer suas liberdades.

Portanto, desde a infância somos condicionados a reproduzir certos padrões comportamentais, inclusive o discurso de ódio gerado pela homofobia, segundo Durkheim:

Cada nova geração é educada pela que a precede; é preciso, pois, que esta última se corrija para corrigir a que a segue. Giramos em círculo. Pode acontecer que, de quando em quando, surja alguém cujas idéias e aspirações superem as de seus contemporâneos; mas não é com indivíduos isolados que se refaz a constituição moral dos povos. (DURKHEIM, 2000, p. 487)

Sendo assim, atitudes homofóbicas e padrões comportamentais, como a heteronormatividade são construídos por uma geração e transmitidas para

outras sem nenhuma reflexão ponderável para verificar se realmente aquele pensamento está sendo coerente.

A educação, que possui grande importância na construção dos valores morais dos indivíduos também tem um papel importante na reprodução da homofobia, já que os professores irão transmitir aquilo que aprenderam, nesse sentido, a respeito da educação, Durkeim aduz que:

Ela é apenas a imagem e o reflexo da sociedade. Ela a imita e a reproduz em tamanho reduzido; ela não a cria. A educação é sadia quando os próprios povos estão saudáveis, mas ela se corrompe com eles, sem ser capaz de se modificar sozinha. Se o meio moral está viciado, os próprios professores, já que vivem nele, não podem deixar de ser penetrados por ele; como então, poderiam imprimir nos que eles formam uma orientação diferente da que receberam? (DURKHEIM, 2000, p.487)

Assim, muitos valores são transmitidos de forma inconsciente com a mera reprodução repetida de valores repassados pelas gerações.

Para que esse assunto tenha maior visibilidade, é necessário que seja maior debatido, até porque assim podemos conhecer o sentido social e histórico dos indivíduos na sociedade, conforme abordado por Mills:

As perturbações ocorrem dentro do caráter do indivíduo e dentro do âmbito de suas relações imediatas com os outros; estão relacionadas com o seu eu e com as áreas limitadas da vida social, de que ele tem consciência direta e pessoal. Assim, a formulação e a resolução das perturbações se enquadram, adequadamente, no âmbito do indivíduo como entidade biográfica e dentro do alcance de seu meio imediato – o ambiente social que está aberto diretamente à sua experiência pessoal e, em certas proporções, à sua atividade consciente. Uma perturbação é um assunto privado: a pessoa sente que os valores por ela estimados estão ameaçados. (MILLS, 1972, p. 14)

No entanto, alguns assuntos transcendem aspectos da sua vida íntima ou do local onde está inserido, já que se relacionam com a organização desses ambientes através de instituições de uma sociedade histórica como um todo, se misturando entre vários ambientes e se transformam como uma estrutura da vida social e histórica (MILLS, 1972, p. 15)

A homofobia baseada no machismo estrutural se encaixa nessas condições, pois não se trata de uma situação específica, com poucos sujeitos que passam por isso ou que ocorre em poucos locais. Essa situação é caracterizada em grande escala no Brasil, já que segundo dados do Grupo Gay da Bahia, é o país que mais mata LGBTQI+ no mundo, com uma morte a cada 19 horas. Segundo agências internacionais de direitos humanos, em nosso país são assassinados mais homossexuais do que em países da África e Oriente que existe pena de morte para pessoas LGBT's. Esses dados são alarmantes, pois perce-

be-se que as taxas de homicídio vêm aumentando ao longo do tempo, nos anos 2000 tinham 130 casos de homicídio registrados, saltando para 260 em 2010 e 445 assassinatos em 2017. (GGB, 2017, p. 1)

Aquilo que experimentamos em vários e específicos ambientes de pequena escala, já o observei, é com frequência causado pelas modificações estruturais. Assim, para compreender as modificações de muitos ambientes pessoais, temos necessidade de olhar além deles. E o número e variedade dessas modificações estruturais aumentam à medida que as instituições dentro das quais vivemos se tornam mais gerais e mais complicadamente ligadas entre si. Ter consciência da idéia da estrutura social e utilizá-la com sensibilidade é ser capaz de identificar as ligações entre uma grande variedade de ambientes de pequena escala. Ser capaz de usar isso é possuir imaginação sociológica. (MILLS, 1972, p. 17)

Dentro dessa realidade abordada podemos assimilar aos estudos de Giorgio Agamben, que apresenta a figura romana do homo sacer como alguém que não possui certos direitos garantidos em sociedade, nem apoio social ou moral do Estado ou de Instituições.

Trata-se daquele indivíduo marginalizado, abandonado, sem a devida proteção que deveria ser garantida pelo Estado, o que se pode correlacionar com os homossexuais que são constantemente assassinados e não possuem proteção jurídica especial para garantir sua inclusão na sociedade.

A vida do homo sacer não tinha grande importância, era um indivíduo abandonado não só pelo Estado, que não lhe garantia os direitos dos homens, mas também do direito dos deuses. Sendo assim a vida deles estava vulnerável a um poder de morte dentro dessa relação de abandono, estava constantemente exposta a um poder de morte e de sujeição à violência soberana, demonstrando ser pessoas totalmente vulneráveis. (AGAMBEN, 2010, p.83-86)

Portanto, a homofobia gera abalos físicos e psicológicos na vida de homossexuais, prejudicando o desenvolvimento dessas pessoas vulneráveis em sociedade.

A diversidade sexual embora ainda vista como perversão por algumas pessoas não esclarecidas, deixou de fazer parte das anotações de casos de Freud e passou para o debate cotidiano da sociedade. Ocorreram algumas vitórias, mas ainda existem confrontações que existem e liberdades que foram conquistadas, mas que podem ser coibidas por um movimento reacionário. A homofobia ainda está profundamente enraizada e em muitos casos se depara com a violência aberta. Essa luta emancipatória possui resistência tão intensa como aquelas que prejudicam as mulheres a terem igualdade social e econômica. (GIDDENS, 1993, p. 44)

Dessa forma, a elucidação da heteronormatividade e suas consequências se mostram importantes no combate da homofobia, bem como na conscientização de como as concepções sociais podem limitar o desenvolvimento da construção da personalidade do indivíduo.

CONCLUSÃO

O combate à homofobia em particular e à LGBTfobia de modo geral passa necessariamente, portanto, pela desconstrução do machismo que, em última instância, organiza as relações de gênero e de sexualidade em nossa sociedade.

Os homossexuais afeminados que não se encaixam em padrões de masculinidade são pessoas vulneráveis em sociedade, sofrem discriminações e violências até mesmo por outros homossexuais, fato este que possui relação com a misoginia, o ódio contra mulheres.

Essa padronização do comportamento por homens, nos faz questionar a respeito de problemas como a heteronormatividade, a ideia de que todas as pessoas são naturalmente heterossexuais e devem se comportar dentro de uma divisão binária de gêneros onde as mulheres são “femininas” e os homens “masculinos”. A misoginia que inferioriza tudo o que é feminino, fato este que faz com que homens afeminados sejam odiados em razão do entendimento de que se é mulher deve ser feminina e se é homem deve ser masculino.

O machismo se revela em situações onde homens afeminados são hostilizados. A compreensão desse fenômeno e o combate contra a misoginia são, portanto, de fundamental importância, e o feminismo possui grande importância nesse movimento.

Pela análise de Marcelo Neves quando aborda sobre a evolução dos sistemas sociais em uma discussão para se compreender um dos problemas enfrentados pelo direito na sociedade contemporânea decorre da falta de um conjunto de valores aceitos como padrão de comportamento em todas as esferas da vida social. O autor ainda demonstra por meio de uma discussão que denomina como emergência de baixo e de cima, onde percebe-se que os sujeitos são frutos de um produto social, com pouca ou nada de autonomia ao indivíduo. (NEVES, 2006)

Portanto, verifica-se que a população brasileira ainda precisa debater e amadurecer sobre alguns valores, que as vezes de reproduz de forma inconsciente, baseado em ideias colonizadoras europeias, religiosas, biológicas, entre outras. Fato este que contribuiria muito para a desconstrução des-

ses valores que discriminam e tornam os homossexuais afeminados marginalizados em sociedade.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO, Diogo Pires. *Tolerância/Intolerância*. In: ROMANO, Roggerio (Org.). *Enciclopédia Einaudi – 22: Política/Intolerância*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2ª ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero. Feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2019.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

D'ADESKY, Jacques. *Percursos para o reconhecimento, igualdade e respeito*. Rio de Janeiro, Cassará Editora, 2018.

DURKHEIM, Émile. *O suicídio: estudo de sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FILHO, Roberto Lyra. *O que é direito*. São Paulo, Editora brasiliense, 1982.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

GIDDENS, Anthony. *Transformações da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Ed. UNESP, 1993.

GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). *Mortes Violentas de LGBT no Brasil: Relatório 2017*. Salvador: GGB, 2017. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>> Acesso em: 27/08/2019.

MILLS, C. Wright. *A imaginação sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

PRECIADO, Paul B. *Manifesto contrassexual*. São Paulo: n-1 edições, 2017.

RUBIN, Gayle. *Políticas do sexo*. São Paulo: Ubu Editora, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Orgs.) *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Editora Cortez, 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

THERBORN, Goran. *O Retorno da coabitação e a revolução sexual*. São Paulo; contexto, 2006.

A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA A PARTIR DO MANDADO DE INJUNÇÃO 4733/DF E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26/DF

Aline Mendes

*Universidade Estácio de Sá, Graduanda em Direito, São Gonçalo, Brasil,
linemendes1984@gmail.com*

Marcelo dos Santos Garcia Santana

*Universidade Estácio de Sá, Doutorando em Direito pelo
PPGD Estácio/RJ, Maricá, Brasil,
marcelo.santana@estacio.br*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar as questões suscitadas acerca da criminalização específica de todas as formas de LGBTFOBIA, com base na análise das ações propostas junto ao Supremo Tribunal Federal. Considera-se, em ambas as ações, ser necessária a criminalização específica das ações violentas motivadas pela simples orientação sexual ou identidade de gênero, considerando que tais atos tornam inviáveis o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual, à livre identidade de gênero e à segurança. Para tanto, torna-se necessário entender o conceito de LGBTFOBIA, bem como todo o contexto histórico envolvendo a temática no Brasil. Da mesma forma, demonstra-se a importância da ordem jurídica tutelar as relações sociais de forma a coibir práticas LGBTFÓBICAS e o que muda no campo prático após as referidas decisões. Por fim, a pesquisa é teórica, utilizando métodos de análise bibliográfica, por meio da análise dos precedentes, consulta a legislação e artigos científicos sobre o tema.

Palavras-chave: racismo; lgbtFOBIA; criminalização.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo abordar todas as questões que envolvem a LGBTFOBIA no Brasil, bem como as questões acerca da criminalização específica de todas as formas de LGBTFOBIA, suscitadas nos precedentes julgados recentemente pela Suprema Corte e como sua criminalização interferirá no campo prático.

Torna-se, portanto, necessário abordar o que se entende por LGBTFOBIA e trazer os princípios fundamentais presentes no nosso ordenamento jurídico, além das legislações internacionais sobre direitos humanos que tutelam a questão.

Ainda, busca-se demonstrar as causas de LGBTFOBIA no Brasil trazendo todo o contexto histórico que contribuiu para que chegássemos a ser o país que mais assassina LGBTI+ no mundo. Nesse sentido, é de suma importância abordar a importância da tutela pela ordem jurídica para coibição das práticas LGBTFÓBICAS.

Para tal, busca-se trazer dados estatísticos acerca das práticas LGBTFÓBICAS no Brasil utilizando-se de relatórios elaborados pela ONG Grupo Gay da Bahia e dos relatórios emitidos pelo dossiê produzido pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro.

1. O QUE É LGBTFOBIA?

Primeiramente, importante destacar que a Constituição Federal reprime de forma expressa qualquer forma de discriminação, nos termos de seu artigo 3º, inciso IV, determinando que constitui dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Ainda, torna-se relevante observar no que concerne a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em matéria de orientação sexual e identidade de gênero os Princípios de Yogyakarta¹. Depende-se, deste princípio, que a palavra gênero se refere à “experiência interna e individual, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento”, logo, pode-se e entender que o gênero é uma construção social e não uma questão meramente biológica.

Sendo assim, antes de definir o termo LGBTFOBIA, é de suma importância trazer alguns conceitos e definições terminológicas:

Lésbica: Mulher que é atraída afetivamente e/ou sexualmente por pessoas do mesmo sexo/gênero. Não precisam ter tido, necessariamente, experiências sexuais com outras mulheres para se identificarem como lésbicas (MANUAL DE COMUNICAÇÃO LGBTI+, 2018, p. 23);

¹ Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero.

Homossexual: É a pessoa que se sente atraída sexual, emocional ou afetivamente por pessoas do mesmo sexo/gênero (MANUAL DE COMUNICAÇÃO LGBTI+, 2018, p. 22);

Bissexual: É a pessoa que se relaciona afetiva e sexualmente com pessoas de ambos os sexos/gêneros. Bi é uma forma reduzida de falar de pessoas Bissexuais (MANUAL DE COMUNICAÇÃO LGBTI+, 2018, p. 21);

Mulher transexual e homem transexual: A pessoa transexual apresenta identidade de gênero diferente do sexo biológico. Homens e mulheres transexuais buscam adequar-se corporalmente ao gênero com o qual se identificam (por meio de terapia hormonal e procedimentos cirúrgicos), mas podem ou não manifestar o desejo de se submeterem à intervenção cirúrgica de redesignação sexual (alteração do órgão genital) (MANUAL DE COMUNICAÇÃO LGBTI+, 2018, p. 30-31);

Mulher Travesti: A mulher travesti apresenta identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico, mas não manifesta interesse em realizar o procedimento cirúrgico de redesignação sexual para adequação do órgão genital. Apesar disso, a imagem corporal é, em geral, modificada por meio de terapia hormonal e procedimentos cirúrgicos. É muito importante o tratamento da mulher travesti pelo artigo definido feminino (“a travesti”), uma vez que se trata de pessoa do gênero feminino (MANUAL DE COMUNICAÇÃO LGBTI+, 2018, p. 30).

Neste sentido, é importante constatar que a comunidade LGBTI+ caracteriza-se pela diversidade, podendo ser, portanto, definida a LGBTFOBIA como qualquer ato discriminatório ou atentatório a pessoa diversa com base na sua orientação sexual ou identidade de gênero, incluindo-se, ainda, qualquer restrição, distinção ou exclusão que viole igualdade ou proteção a igualdade, além de atos hostis psicológicos e sociais àqueles que não atendem ao padrão heteronormativo.

2. CAUSAS DA LGBTFOBIA NO BRASIL

Sabe-se que no período colonial, nas então Ordenações do Reino, as punições previstas por atos de sodomia, culminaram em penas severas, desumanas, cruéis, impiedosas e até mesmo em pena de morte. Vejamos:

As Ordenações do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as Ordenações Afonsinas. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. As Ordenações Manuelina (1514/1521) mantiveram a fogueira para

os transgressores, equipararam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções ao de quem traísse a pessoa do rei ou o seu real estado, declarando que “todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos {...}, assi propriamente como os daqueles, que cometem o crime de lesa Magestade contra seu Rey e Senhor (GOMES, 2010, p. 59).

De outra parte, os filhos, descendentes e parceiros dos sodomitas também sofriam sanções por parte do clero e as delações eram incentivadas e incitadas por meio de “recompensas” aos familiares e até mesmo o “perdão” ao parceiro denunciante. É interessante observar que também se submetiam as regras as mulheres sodomitas. Vejamos:

As Ordenações Filipinas (1603) confirmaram a pena capital aos sodomitas de qualquer qualidade, inclusive as mulheres, mantendo o confisco de bens e a infâmia de seus descendentes, da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade. Os delatores teriam direito à metade da fazenda do culpado. Em caso de delatados despossuídos, a Coroa pagaria cem cruzados ao “descobridor”, quantia que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. Da mesma forma que as Manuelinas, condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo os que não colaborassem com a justiça e reafirmavam a indulgência perante os que delatassem os parceiros (GOMES, 2010, p. 60).

Além disso, não só a coroa real portuguesa perseguiu os sodomitas como também a igreja que, em 1553, reprimiu e puniu de forma severa aqueles que praticavam sodomia. Exemplo disso foi o então denominado Tribunal do Santo Officio, criado em 1591, onde a então justiça eclesiástica contribuiu e participou do processo inquisitório no Brasil e na captura de sodomitas clérigos. Vejamos:

Marcado por “um entendimento da realeza onde o religioso e o político surgem lado a lado, chegando mesmo a interpenetrar-se” o Estado português, ao buscar a ortodoxia, religiosa e a moral de seus súditos, criou a Inquisição. Uma instituição de caráter híbrido, que, mesmo se constituindo como “tribunal eclesiástico, não deixou de se afirmar como tribunal régio. [...] Afinal, a Igreja, antes mesmo da instalação do Tribunal Inquisitorial, possuía meios disciplinadores muito eficazes, exercendo grande influência na vida cotidiana da comunidade, contando com especial apoio régio para a concretização de um controle social (CARDIM, 2001, p. 135-146).

Não se pode desconhecer que o nosso passado colonial e toda a perseguição por parte da Coroa e do Clero contribuíram para a construção de uma sociedade extremamente homofóbica em nosso país. Não à toa durante muitos anos a comunidade LGBTI+ foi negligenciada pelo Estado. Entre insignificantes avanços e muitos retrocessos, somente no ano de 2001

surgiu o primeiro projeto de lei sobre a temática com o objetivo de determinar “sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas” que, posteriormente, em 2006, veio a ser o Projeto de Lei n.º 122 que busca alterar a Lei do Racismo. Porém, após 8 anos em tramitação o projeto foi arquivado.

Na mesma medida, vê-se em 2019 uma crescente e assustadora onda conservadora na qual a população LGBTI+ vem vivenciando um aumento de atos LGBTFÓBICOS que têm resultado em graves violações de direitos humanos, como também na ausência de políticas afirmativas.

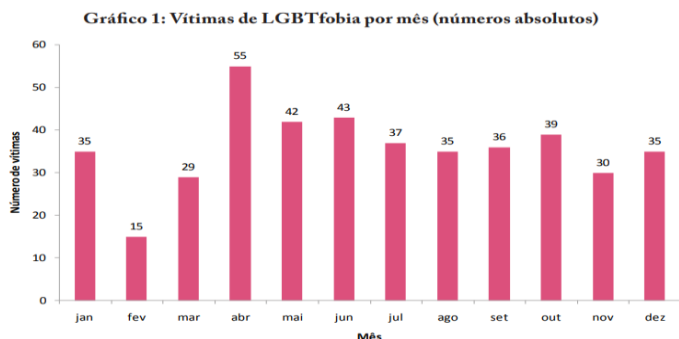
3. A IMPORTÂNCIA DA TUTELA PELA ORDEM JURÍDICA DAS RELAÇÕES SOCIAIS PARA COIBIR AS PRÁTICAS LGBTFÓBICAS

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O comando constitucional se projeta no sentido de que os atos discriminatórios tornam inviáveis o exercício de direitos fundamentais, tais como a livre identidade de gênero, livre orientação sexual, a segurança e a dignidade da pessoa humana. Logo, a inviabilidade do exercício destes direitos configura uma discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais.

A consequência de tais atos discriminatórios reflete em um número significativo e alarmante de diversas formas de agressões que a comunidade LGBTI+ sofre no Brasil. De acordo com relatório emitido pela organização *Transgender Europe*² o Brasil é o país que mais mata LGBTI+ no mundo, seguido pelo México, Estados Unidos da América, Colômbia e Venezuela. Desta forma, considerando as ausências do Estado, torna-se importante a produção de pesquisas com dados estatísticos por instituições da sociedade civil e organizações não-governamentais, uma vez que no Brasil, salvo a cidade do Rio de Janeiro, não existem estatísticas oficiais de segurança pública sobre a temática.

De acordo com o dossiê produzido em 2018 pela Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, utilizando-se dos registros de ocorrência lavrados nas diversas unidades da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro (PCERJ), foram identificadas 431 vítima de LGBTFOBIA ao longo de ano de 2017, conforme pode-se observar a seguir:

² *Transgender Europe* é uma ONG criada em 2005 que atua na Europa e na Ásia Central e tem por objetivo legitimar a voz da comunidade trans no mundo.

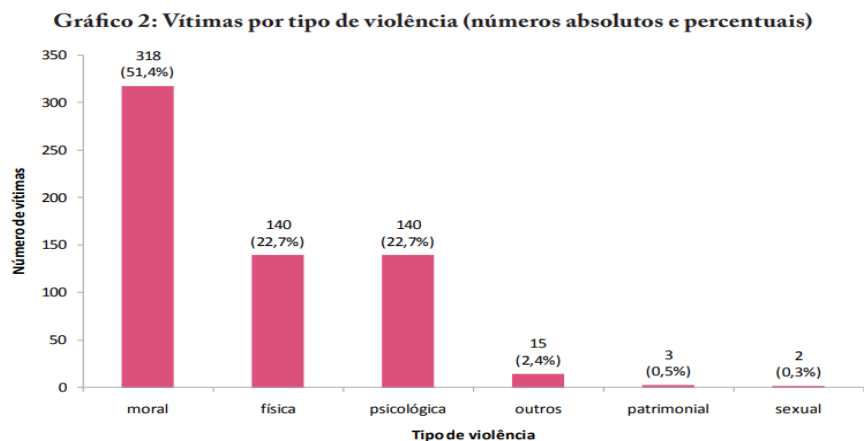


Fonte: Elaborado pelo ISP com base em informações da PCERJ.

Figura 1³

Verifica-se, portanto, que em média foram 39 vítimas de algum delito motivado por LGBTFOBIA por mês no Estado do Rio de Janeiro. Importante, ainda, destacar que foram excluídos deste dossiê os cálculos dos meses de janeiro a março por motivos de greve da Polícia Civil do Estado de Rio de Janeiro.

Importante, todavia, destacar qual o tipo de violência sofrida pela comunidade LGBTI+ no ano de 2018, no Estado do Rio de Janeiro. Vejamos:



Fonte: Elaborado pelo ISP com base em informações da PCERJ.

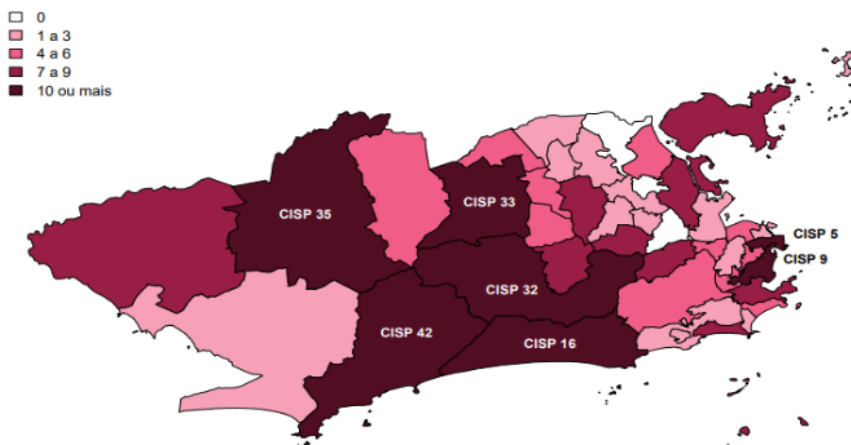
Figura 2⁴

³ Fonte: SECRETARIA DE SEGURANÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p.20. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8528204/4225954/DossieLGBT1.pdf>>. Acesso em 24. set. 2019.

Inferese, portanto, deste gráfico que a maior parte das vítimas sofreu algum tipo de violência moral (51,4%), seguindo de violência física (22,7%) e violências patrimoniais e sexuais (menos de 1,0%).

Nota-se, ainda, que a Zona Oeste do Estado do Rio de Janeiro é onde se concentram o maior número de ocorrências LGBTFÓBICAS, conforme observa-se a seguir:

Figura 2: Vítimas por CISP - cidade do Rio de Janeiro (números absolutos)



Fonte: Elaborado pelo ISP com base em informações da PCERJ.

Figura 3⁵

Inferese, portanto, deste gráfico que as circunscrições das delegacias da Taquara (CISP 32), Realengo (CISP 33), Campo Grande (CISP 35), Barra da Tijuca (CISP 32) e Recreio (CISP 42) aparecem com pelo menos dez vítimas cada, sendo que as duas primeiras aparecem com os maiores números de vítimas dentre todas as CISP do estado, 17 e 16 respectivamente. Ainda na capital, as áreas das delegacias do Catete (CISP 9) e Mem de Sá (CISP 5) também aparecem com números altos de vítimas, são 15 e 10, respectivamente.

⁴ Fonte: SECRETARIA DE SEGURANÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p.23. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8528204/4225954/DossieLGBT1.pdf>>. Acesso em 24. set. 2019.

⁵ Fonte: SECRETARIA DE SEGURANÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p.35. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8528204/4225954/DossieLGBT1.pdf>>. Acesso em 24. set. 2019.

Fora da cidade do Rio de Janeiro, a circunscrição da delegacia de Nova Friburgo (CISP 151) é a única com um número superior a dez vítimas. No restante do estado, Resende e algumas áreas na Baixada Fluminense aparecem no grupo de 7 a 9 vítimas, como as áreas das delegacias do centro de Duque de Caxias (nove vítimas), da Posse, em Nova Iguaçu (oito vítimas), e de Belford Roxo (sete vítimas).

Importante destacar outros recortes trazidos pelo relatório ora analisado. São eles: (i) Jovens de 18 a 29 anos somam mais de 40,0% das vítimas de LGBTFOBIA; (ii) 55,0% das vítimas de LGBTFOBIA conheceram os autores; (iii) 43,4% das vítimas de LGBTFOBIA sofreram violência em ambientes residenciais.

No Brasil, conforme relatórios elaborados pela ONG Grupo Gay da Bahia, nos anos de 2017, 2018 e parcial de 2019 as mortes motivadas por LGBTFOBIA foram, respectivamente 445, 420 e 141⁶.

Extrai-se do relatório referente ao ano de 2017 que das 445 vítimas no ano de 2017, 387 foram assassinadas e 58 cometeram suicídio. A maior parte dos assassinatos aconteceu em via pública (56%), mas uma grande parte (37%) ocorreu na casa das vítimas, detalhe que indica que o crime teria sido realizado por conhecidos. Registra-se, também, que das 445 vítimas de LGBTFOBIA registradas em 2017, 194 eram gays (43,6%), 191 trans (42,9%), 43 lésbicas (9,7%), 5 bissexuais (1,1%) e 12 heterossexuais (2,7%).

Quanto ao relatório referente ao ano de 2018, verifica-se que das 420 vítimas da LGBTFOBIA no Brasil, 320 foram assassinadas (76%) e 100 (24%) cometeram suicídio. Nota-se, portanto, uma pequena redução (6%) em relação ao ano de 2017. Das 320 vítimas, 191 (45,5%) eram gays, 164 (39%) eram trans, 52 (12,4%) eram lésbicas, 8 (1,9%) bissexuais e 5 (1,2%) eram héteros confundidos com gays.

Já no relatório parcial apresentado no mês de maio no ano de 2019, foram registrados 141 casos de mortes motivadas pela LGBTFOBIA, ou seja, uma média de 28 homicídios e suicídios por mês. Das 141 vítimas, 126 foram assassinadas e 15 cometeram suicídio. Registra-se, também, que das 141 vítimas, 77 eram gays, 52 eram transexuais, 10 eram lésbicas e 2 eram heterossexuais confundidos com gays.

Destaca-se, portanto, que além de homicídios, o número de suicídios cometidos por LGBTI+ têm crescido de forma alarmante e preocupante. No ano de 2017 foram 58 casos, em 2018 foram 100 e no relatório parcial de 2019 foram 15 casos.

⁶ Fonte: <<https://grupogaydabahia.com.br/>> Acesso em 24. set. 2019.

Sabe-se que de acordo com dados do Ministério da Saúde o suicídio é a 4ª principal causa de morte entre jovens de 15 e 29 anos do Brasil. Ainda, de acordo com a revista científica *Pediatrics* a comunidade LGBTI+ possuem 6 vezes mais chances de cometer suicídio por sofrer LGBTFOBIA.

Não se pode desconhecer que ser LGBTI+ se tornou ainda mais perigoso no governo atual que defende que ser LGTBI+ é um desvio moral, um pecado, uma perversão, um ato atentatório contra a família e os costumes e, ainda, grande parte do governo defende que ser LGBTI+ é uma doença merecendo, portanto, um tratamento para reversão. Quanto a este último comportamento, cumpre evidenciar que fere a decisão da Organização Mundial de Saúde (OMS) que retirou da sua lista de doenças a homossexualidade no ano de 1990.

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento do antropólogo Luiz Mott sobre o tema:

Há cinco soluções emergenciais para a erradicação dos crimes homo-transfóbicos no Brasil: educação sexual e de gênero para ensinar aos jovens e à população em geral o respeito aos direitos humanos e cidadania dos LGBT; aprovação de leis afirmativas que garantam a cidadania plena da população LGBT, equiparando a homofobia e transfobia ao crime de racismo; políticas públicas na área da saúde, direitos humanos, educação, que proporcionem igualdade cidadã à comunidade LGBT; exigir que a Polícia e Justiça investiguem e punam com toda severidade os crimes homo/transfóbicos e finalmente, que os próprios gays, lésbicas e trans evitem situações de risco, não levando desconhecidos para casa e acertando previamente todos os detalhes da relação. A certeza da impunidade e o estereótipo do LGBT como fraco, indefeso, estimulam a ação dos assassinos (RELATÓRIO GRUPO GAY DA BAHIA, 2018, p.20).

Logo, avulta-se que é de suma importância a criminalização e a punição da LGBTFOBIA, uma vez que o Estado deve punir de forma específica e mais grave tais crimes de ódio e, ainda, oferecer instrumentos de combate tais como políticas afirmativas de conscientização e de orientação. Ressalta-se, portanto, não se tratar de um privilégio e sim de uma igualdade de proteção em âmbito penal e de respeito a direitos e as liberdades fundamentais.

4. COMO O STF CRIMINALIZOU A PRÁTICA LGBTFÓBICA?

Tramitaram junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) duas ações acerca da temática sobre a criminalização da LGBTFOBIA: O Mandado de Injunção 4733 e a Ação Direito de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF, ambas julgadas em conjunto.

O Mandado de Injunção 4733 foi protocolado em 10.05.2012 e teve como relator o Ministro Edson Fachin. O Tribunal Pleno, por maioria, conheceu a ação e julgou procedente o mandado de injunção para: a) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; b) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Por sua vez, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi protocolada em 19.12.2013 e teve como relator o Ministro Celso de Mello. O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99 d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos homotransfóbicos ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.

Para que fosse possível chegar a esta decisão, O STF utilizou-se como precedente o caso Ellwanger, HC 82.424/RS), onde a corte definiu o conceito jurídico-constitucional de racismo conforme podemos nos despendar do que segue:

A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista”[...]“Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a

definição jurídico-constitucional do termo”, [...] “Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma (HC N. 82.424/RS, 2004, p. 2).

Quando se fala em preconceito de raça e quando a tanto se referem a CF e a lei, não há de se pensar em critérios científicos para defini-la – que já sabemos não os há – mas, na percepção do outro como diferente e inferior, revelada na atuação carregada de menosprezo e no desrespeito a seu direito fundamental à igualdade” [...] “Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política. Fundado nessa constatação é que o embaixador Lindgren Alves entende que “raça’ é, sobretudo, uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar (HC N. 82.424/RS, 2004, item. 4).

A divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial (HC N. 82.424/RS, 2004, item. 8).

A referência a raça deve ter conteúdo mais amplo, sob pena de inaceitável inocuidade no que tange a cor [...] Explicitamente estabeleceu o alcance de raça não limitada à cor da pele. A simples alusão à raça, considerada, como deve ser, uma realidade sócio-política [...] Nesse passo, a correta conclusão do parecer do Professor Miguel Reale Júnior, de que ‘o racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto física ou biológica, como, aliás, as ciências sociais hoje em dia indicam (HC N. 82.424/RS, 2004, p. 6, 8, 26-27 e 34).

Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante [...] Afigura-se relevante o conceito antropológico atual de raça social [...] partir de uma visão-demundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção cognitiva classificatória, o racismo, que hierarquiza grupos diferentes [...] (HC N. 82.424/RS, 2004, p. 13-14).

Ainda, importante esclarecer que para se chegar ao entendimento de que LGBTFOBIA constitui espécie do gênero do racismo, a Corte entendeu pelo que segue:

As visões expostas por Guilherme de Souza Nucci, Clara Moura Masiero, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, que entendem constitucionalmente lícito proceder-se, mediante interpretação conforme, ao enquadramento dos atos LGBTFÓBICOS no conceito de racismo, em ordem a prevenir e a reprimir comportamentos que objetivam excluir e marginalizar, no contexto das práticas sociais e do sistema jurídico, um determinado grupo identificado não por sua configuração física ou étnica, mas, sim, por um conjunto de ideias, valores e condutas que se revelam comuns aos integrantes daquela mesma comunidade (VOTO M. CELSO DE MELO ADO 26/DF, 2019, p. 71-72).

Nota-se, portanto, que a Suprema Corte estabeleceu as seguintes teses: (i) até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a criminalização da LGBTFOBIA, as condutas que nela se enquadrem serão ajustadas à Lei 7.716/89, além de na hipótese de homicídio doloso circunstância que o qualifica por configurar motivo torpe; (ii) a repressão penal não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa; (iii) utilizou-se do conceito de racismo ontológico, ou seja, o racismo compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos.

5. O QUE MUDA NO CAMPO PRÁTICO APÓS O JULGAMENTO DOS PRECEDENTES?

Importante destacar que a criminalização da LGBTFOBIA constitui numa tipificação específica para crimes relacionados a condição LGBT, ou seja, os crimes comuns antes praticados contra a comunidade LGBTI+ serão enquadrados na lei de Racismo.

Ainda, não se pode deixar de mencionar que a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da criminalização da LGBTFOBIA terá um importante papel pedagógico na sociedade brasileira, como também coloca responsabilidade sob o Legislativo em legislar sobre a matéria, visto que foi aplicada a teria concretista no Mandado de Injunção 4733/DF.

Foi possível observar já algumas mudanças quanto ao papel pedagógico da criminalização. Como exemplo, pode-se citar a atual campanha idealizada pelos 20 clubes brasileiros da série A, onde a LGBTFOBIA é frequente nos estádios de futebol, que se uniram contra a LGBTFOBIA com o seguinte jargão: “Pior que prejudicar o seu time é cometer um crime”.

Por fim, no dia 26 de setembro de 2019, a Ordem dos Advogados do Brasil decidiu que qualquer histórico de LGBTFOBIA poderá, a partir de agora, impedir a inscrição de qualquer bacharel que bacharel que pretenda exercer a profissão de advogado em seu quadro.

CONCLUSÃO

Foi possível depreender que as questões acerca da LGBTFOBIA no Brasil advêm da nossa história desde nosso descobrimento, ou seja, desde a época em que o Brasil era colônia de Portugal. As Ordenações do Reino previam punições severas, desumanas, cruéis, impiedosas e até mesmo a pena de morte. Observou-se, também, que o período inquisitorial teve importante contribuição para enraizar a LGBTFOBIA no Brasil.

Pôde-se, também, verificar quais foram as consequências de tais fatos que tornaram o Brasil o país que mais mata LGBTI+ no mundo. Por meio de análise de dados obtidos pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, ao longo do ano de 2017, 431 foi o número de vítimas de atos LFBTFÓBICOS na cidade. Ainda, por meio de análise dos dados obtidos por meios de relatórios emitidos pela ONG Grupo Gay da Bahia, nos anos de 2017, 2018 e 2019 (parcial) as mortes motivadas por LGBTFOBIA foram, respectivamente, 445, 420 e 141.

Outro fator importante extraído dos relatórios em questão foi o crescente e assustador número de suicídios cometidos por LGBTI+ nos anos de 2017, 2018 e 2019 (parcial) foram, respectivamente, 58, 100 e 15.

Por meio das análises realizadas nas ações que tramitaram junto ao STF, foi possível concluir que a Suprema Corte estabeleceu as seguintes teses: (i) até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a criminalização da LGBTFOBIA, as condutas que nela se enquadrem serão ajustadas à Lei 7.716/89, além de na hipótese de homicídio doloso circunstância que o qualifica por configurar motivo torpe; (ii) a repressão penal não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa; (iii) utilizou-se do conceito de racismo ontológico, ou seja, o racismo compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos

Por fim, foi possível concluir que a criminalização terá um importante papel pedagógico na sociedade brasileira e colocará sob o Legislativo a responsabilidade em legislar sobre a matéria.

REFERÊNCIAS

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIRETOS HUMANOS. *Princípios de YOGYAKARTA*. Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 29 set, 2019, 16:24:00.

GOMES, V. *Vício dos Clérigos: a sodomia nas malhas do tribunal do santo ofício de Lisboa*. Niterói. Disponível em <<http://www.historia.uff.br/stricto/td/1386.pdf>>. Acesso em 30 set, 2019, 11:13:00.

GOMES, V. *Justiça e Misericórdia na mesa do Santo Ofício de Lisboa: as penas dos padres sodomitas*. Dossiê História e Educação, Volume 7, número 10, dezembro, 2010.

GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório LGBTFOBIA 2017*. Bahia, disponível em <<https://grupogaydabahia.com.br/>>. Acesso em 30 set, 2019, 11:10:00.

GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório LGBTFOBIA 2018*. Bahia, disponível em <<https://grupogaydabahia.com.br/>>. Acesso em 30 set, 2019, 11:10:00.

GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório LGBTFOBIA 2019*. Bahia, disponível em <<https://grupogaydabahia.com.br/>>. Acesso em 30 set, 2019, 11:10:00.

MOTT, L. *Relações raciais entre homossexuais no Brasil colonial*. Revista De Antropologia, 35. São Paulo. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/111359>>. Acesso em 30 set, 2019, 11:16:00

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *O Ministério Público e a Igualdade de Direitos para o LGBTI*. Brasília, 2017.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. *Violência LGBTFóbicas no Brasil: dados da violência*. Brasil, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Combate a LGBTFOBIA*. Paraná, 2018.

POLITIZE. *LGTFBOBIA no Brasil*. São Paulo, disponível em: <<https://www.politize.com.br/lgbtfobia-brasil-fatos-numeros-polemicas/>>, Acesso em 29 set, 2019, 16:47:00.

SECRETARIA DE SEGURANÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Dossiê LGBT+ 2018*. Rio de Janeiro, disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8528204/4225954/DossieLGBT1.pdf>>, Acesso em 29 set, 2019, 16:50:00.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADO 26*. Brasília. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 30 set, 2019, 11:18:00.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MI 4733*. Brasília. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em 30 set, 2019, 11:21:00.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 82.424/RS*. Disponível em <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla>>

=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms>. Acesso em 30 set, 2019, 11:23:00.

TRANGENDER EUROPE. *Press release*. Europa, disponível em: <<https://tgeu.org/tdor-2016-press-release/>>, Acesso em 29 set, 2019, 16:54:00.

CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR E SUA EXPOSIÇÃO ORAL NO ÂMBITO DA ADFP 442

Karen de Sales Colen

*Universidade Federal Fluminense, Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD),
Niterói, Brasil,
karencolen@id.uff.br*

RESUMO

O objetivo deste artigo é examinar quais foram os argumentos da organização Católica pelo Direito de Decidir apresentados na audiência pública sobre o objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, em que se pede a descriminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação. Nesse sentido, apresenta-se a criação e as atividades desenvolvidas pela Organização, a discussão proposta na ADFP 442 e uma análise sócio-jurídica dos argumentos apresentados na audiência. A metodologia para essa investigação diz respeito a consulta bibliográfica sócio-jurídica, além da anotação em caderno de campo, já que a autora deste artigo esteve presente na referida audiência. Ao fim, aponta-se que a articulação de pautas feministas com a religião cristã parece contribuir para a reconstrução da esfera pública religiosa e da esfera privada familiar.

Palavras-chave: Aborto; ADFP 442; Audiência pública; Católica pelo Direito de Decidir; Exposição oral.

INTRODUÇÃO

O ano de 2018 foi palco da audiência pública sobre a descriminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação, discutida no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, que foi ajuizada, em março de 2017, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). A audiência para deliberação sobre questão constitucional controversa foi convocada pela Ministra Rosa Weber, relatora da Arguição, para discutir a questão relativa à recepção, pela Constituição Federal de 1988, dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que preveem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez.

Para tal audiência, celebrada nos dias 3 e 6 de agosto de 2018, em Brasília, foi aberto prazo para solicitação de participação, cujo total de pedi-

dos recebidos foi de quinhentos e dois, sendo cento e oitenta e sete pedidos de habilitação como expositor. Dentre os inscritos habilitados à exposição esteve a organização não governamental Católicas pelo Direito de Decidir, fundada em solo brasileiro em 1993, e que teve como expositora Maria José Rosado Nunes, socióloga, professora da Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP) e uma das fundadoras dessa organização da sociedade civil de defesa dos direitos sexuais e reprodutivos.

Nesse sentido, o objetivo desse trabalho é expor como e quais foram os argumentos levantados para discorrer sobre o assunto em pauta, já que a Organização tem como uma de suas metas proporcionar a construção de um “discurso ético-teológico feminista pelo direito de decidir que defenda a autonomia das mulheres” (CATÓLICAS, 2019), propondo-se a articular feminismos e cristianismo. Desse modo, o artigo apresenta a criação e as atividades desenvolvidas pela Organização, a discussão proposta na ADPF 442 e uma análise sócio-jurídica dos argumentos da Organização em sua exposição oral na audiência pública.

A metodologia para essa investigação diz respeito a consulta bibliográfica de cunho jurídico e sociológico, ao exame de notícias e de materiais veiculados nos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e da organização Católicas pelo Direito de Decidir, bem como a anotação em caderno de campo. Este último aspecto metodológico se justifica em razão da participação na audiência pública, no dia 6 de agosto de 2018.

1. FEMINISMOS E RELIGIÃO? APRESENTAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR

A organização não governamental Católicas pelo Direito de Decidir (*Catholics For a Free Choice* – CFFC) surgiu, inicialmente, nos Estados Unidos, na década de 1970. A partir dos anos de 1990, seus ideais foram recepcionados por outros países — Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Chile, Equador, El Salvador, Nicarágua, México, Paraguai e Peru —, formando uma rede latino-americana, em 1996, articulada com as organizações do Canadá e da Espanha. Dessa forma, Católicas passou a combinar ideias dos feminismos e do cristianismo para promover e defender a autonomia das mulheres, a diversidade sexual, a justiça social e o direito a viver sem violência. (CATÓLICAS, 2019).

No Brasil, a Organização (CDD/BR) foi fundada em 1993, sendo composta por pesquisadoras e pesquisadores da academia, operadoras e operadores do Direito e por profissionais da área de saúde. Além disso, no contexto brasileiro, Católicas tem como enfoque viabilizar transformações sociais que dizem respeito a desconstrução de padrões culturais e religiosos. Para tanto, tem como um de seus objetivos específicos contribuir para a

promoção do diálogo interreligioso e assegurar a implementação de leis, políticas públicas e serviços necessários ao cumprimento dos direitos fundamentais, atentando-se às questões de classe, geração, identidade de gênero, orientação sexual e raça. (CATÓLICAS, 2019).

Ademais, a Organização trabalha com a perspectiva da maternidade como sendo invenção da modernidade. (GIDDENS, 1993). Nesse caso, opõe-se aos discursos e ensinamentos religiosos que condenam o livre exercício da sexualidade, contestando, inclusive, a atribuição de uma natureza própria às mulheres, cuja essência seria a qualidade de ser mãe. Dentro desse debate, Maria José Rosado, uma de suas fundadoras, ainda questiona o sentido materno imposto às mulheres católicas, tendo em vista que se não forem mães biológicas, poderão cumprir o seu “papel feminino” sendo “mães espirituais”¹.

Em relação ao aborto, uma das temáticas feministas levantadas no período da redemocratização² (PINTO, 2003), Católicas se vale da contribuição dos feminismos, que dissociaram as discussões do campo da moral, tratando-as sob uma perspectiva política. (MIGUEL; BIROLI, 2013). E isso devido ao fato de que no interior da Igreja Católica não há consenso sobre o aborto, apesar de se difundir a ideia de que esta instituição sempre considerou o início da vida a partir da concepção. De acordo com Jane Hurst (2006, p. 9),

[...] a maioria da hierarquia eclesiástica acredita que praticar o aborto é um pecado grave e motivo de excomunhão. No entanto, essa opinião só passou a fazer parte da disciplina oficial da Igreja a partir da *Apostolicae sedis* de Pio IX, em 1869. (Grifos da autor)

Considerando que o aborto foi declarado como um “pecado grave” somente no século XIX, a Rede de Católicas é responsável por difundir argumentos que fundamentem o direito de decidir, a liberdade de consciência e o reconhecimento da diferença, defendendo o direito ao aborto em todos os casos, de forma legal e segura. (CATÓLICAS, 2019). Ao que tudo indica, a escolha livre e autônoma da mulher de decidir sobre o seu corpo estaria em primeiro plano. A Organização entende que o aborto é uma questão de saúde pública, que afeta desproporcionalmente as mulheres, além de que sua discussão também parte da dualidade entre os espaços público e privado, em que a liberdade do indivíduo na esfera privada, especialmente da

¹ Esta crítica foi levantada em uma palestra, no ano de 2016, sobre “Feminismo e Religião”, publicada na página eletrônica “Café Filosófico”. A palestra pode ser consultada em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kFpLZC8tNS0>>. Acesso em: 13 ago. 2019, 17:00.

² À época, o Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, juntamente com a União de Mulheres de São Paulo e o Grupo de Saúde Nós Mulheres, propuseram a Emenda Popular 65, que tratava sobre a legalização do aborto. Tal emenda não teve repercussão na Assembleia Constituinte (1987-1988). (PINTO, 2003, p. 77).

mulher, implica em consequências diretas em suas vivências na esfera pública e no processo de construção de sua identidade. (MIGUEL; BIROLI, 2014).

Nesse sentido, como meio de difundir elementos que sustentem os direitos e à autonomia das mulheres, a organização disponibiliza em sua página eletrônica livros, artigos, cartilhas, revistas e pesquisas de opinião pública.³ Os temas principais são sexualidade, maternidade, aborto e planejamento familiar, que também são abordados e divulgados por intermédio de peças publicitárias, vídeos e de rádios comunitárias. O objetivo é promover a educação popular de mulheres e homens, no tocante aos direitos sexuais e reprodutivos. (CATÓLICAS, 2019).

E mais do que tratar o aborto como direito social e questionar as precárias condições em que é praticado, fato que começa a ser denunciado pelas feministas brasileiras a partir da década de 1990 (SCAVONE, 2008), a organização também defende os “princípios democráticos da laicidade do Estado.” (CATÓLICAS, 2019). Tanto é assim que fez o pedido de *amicus curiae* no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, em que se pede a descriminalização do aborto. Mas quais são os fundamentos da ADPF e quais foram os argumentos expostos pela representante de Católicas na audiência pública?

2. ADPF 442 E AUDIÊNCIA PÚBLICA

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) está prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) e é regida pela Lei nº 9.882/1999. A ação, cuja competência originária para apreciação é do Supremo Tribunal Federal (STF), visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental⁴, decorrente de ato do Poder Público — arguição autônoma. Como sendo uma das ações do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, pode ser proposta diante da existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluindo os anteriores à Constituição Federal de 1988 — arguição incidental.

A ADPF 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em março de 2017, indica que o ato do poder público do qual resulta a lesão a que se pretende reparar diz respeito ao conjunto normativo disposto nos artigos 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), que versam sobre a criminalização da interrupção voluntária da gravidez. A ale-

³ A biblioteca digital pode ser acessada em: < <http://catolicas.org.br/category/biblioteca/>>. Acesso em: 13 ago. 2019, 14:50.

⁴ A Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 9.882/1999 não dispuseram sobre o conceito de “preceito fundamental”.

gação é a de que tais artigos violam os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, além dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou ao tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar.⁵ (BRASIL, ADPF 442, 2017, p. 56).

Como pedido liminar, pede seja concedida a suspensão de prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam ou tenham aplicado os artigos 124 e 126 do Código Penal. E no mérito, requer que a Suprema Corte declare a não recepção parcial dos referidos artigos, pela Constituição Federal de 1988, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras doze semanas. (BRASIL, ADPF 442, Petição Inicial, 2017, p. 60-61).

A Presidência da República, à época, afirmou a existência de “desacordo moral razoável” sobre a descriminalização do aborto nas primeiras doze semanas, perante “ausência de consenso mínimo”, na sociedade brasileira, acerca das concepções morais, filosóficas e religiosas sobre a matéria. Em decorrência dessa Arguição, a Ministra Relatora Rosa Weber decidiu, em abril de 2018, pela convocação de audiência pública, cujos interessados deveriam solicitar participação e seriam escolhidos pelos seguintes critérios: representatividade, especialização e expertise e garantia das perspectivas argumentativas a serem defendidas. (BRASIL, ADPF 442, Decisão de convocação de audiência pública, 2018, p. 3;7-8).

Em junho de 2018, foi emitida decisão com a relação dos inscritos habilitados. Foram recebidos cento e oitenta e sete pedidos de habilitação como expositor na audiência pública, dentre os quais quarenta e dois foram deferidos. A audiência foi dividida entre os turnos da manhã e da tarde, com treze expositoras e expositores cada, nos dias 3 e 6 de agosto, com o tempo de vinte minutos para cada exposição. (BRASIL, ADPF 442, Decisão com a relação dos inscritos habilitados, 2018).

Dentre os habilitados esteve a organização não governamental Católicas pelo Direito de Decidir, na pessoa de Maria José Fontelas Rosado Nunes, agendada para a manhã do dia 6 de agosto. Além de Católicas ter sido escolhida como uma das organizações com expertise na temática, ressalta-se que a sua representante é Doutora em Ciências Sociais, tendo como áreas de interesse o intercâmbio das questões feministas e de gênero com a religião. (LATTES, 2019). Diante dessas informações, passa-se à análise sócio-jurídica dos argumentos levantados pela expositora na audiência pública.

⁵ A fundamentação legal pode ser consultada na Constituição Federal de 1988: art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos I, III; art. 6º, *caput*; art. 196; art. 226, § 7º.

3. EXPOSIÇÃO DE CATÓLICAS NA AUDIÊNCIA PÚBLICA

Para a construção desse tópico, considerou-se a gravação⁶ da exposição de Maria José Rosado veiculada no canal de Católicas pelo Direito de Decidir no *YouTube*, o discurso escrito⁷ publicado no sítio eletrônico da Organização e a anotação em caderno de campo, já que a autora deste artigo esteve presente na audiência pública, no dia 6 de agosto. Por fim, o discurso escrito foi complementado com o pronunciamento oral na referida audiência, a fim de que todos os argumentos, tal como apresentados, pudessem ser contemplados em análise.

Embora não se pretenda apresentar a exposição em ordem cronológica, começa-se pela identificação de Maria José Rosado enquanto “cidadã, pesquisadora, feminista, religiosa católica — freira — e integrante de Católicas”, marcando seu posicionamento enquanto mulher, acadêmica e católica feminista. É desse lugar que a expositora, trazendo “argumentos favoráveis à legalidade do aborto em nosso país”, se coloca em prol do “respeito aos direitos mais fundamentais [das mulheres], haja vista que a ADPF 442 indicaria “que se respeite a Constituição nessa direção.”

Após a sua apresentação, a expositora relembra o título do livro de Jorge Mario Bergoglio, o Papa Francisco, “Quem sou eu para julgar?”. Apesar de apontar que tal referência deveria ser considerada inadequada, em razão da laicidade do Estado brasileiro, e que o Papa repute o aborto como um “pecado grave” (VATICANO, 2016), ao contrário das “católicas feministas”, Maria José Rosado ressaltou a palavra de “acolhimento” em lugar da “excomunhão”. E isso devido ao fato de que o líder religioso teria se colocado na posição do “pastor que [...] compreende, perdoa e oferece compaixão”, tendo autorizado, por meio da carta apostólica *Misericordia et misera*, publicada em novembro de 2016, que os sacerdotes perdoassem as pessoas envolvidas na prática do aborto. (VATICANO, 2016).

A partir disso, um questionamento norteia a sua exposição: “não é [...] o tempo de se mudar da criminalização à legalização do aborto em nosso país?” Maria José Rosado avança da descriminalização, um dos pedidos da ADPF 442, para a legalização, embora existam distinções entre ambos os termos. Descriminalizar significa que ato ou conduta deixou de ser crime, não havendo punição na seara penal, podendo ser considerado como ilícito civil ou administrativo. Legalizar, por sua vez, quer dizer que ato ou conduta está

⁶ A gravação foi recortada do vídeo completo disponibilizado no canal da *Tv Justiça*, no *YouTube*, e pode ser consultada em: < <https://www.youtube.com/watch?v=iojpiY655bI>>. Acesso em: 16 ago. 2019, 15:00.

⁷ O discurso escrito pode ser acessado em: <<http://catolicas.org.br/novidades/noticias/confira-discurso-de-catolicas-na-audiencia-publica-sobre-a-adpf-442-no-stf/>>. Acesso em: 16 ago. 2019, 15:00.

permitido por lei, que pode regulamentar e determinar suas condições e restrições. Ao que tudo indica, o termo foi utilizado em razão da menção, em sua exposição, à Irlanda, que legalizou a interrupção da gravidez no ano de 2018. (G1, 2018).

Nesse sentido, o encaminhamento da argumentação pode ser dividido em três blocos: gênero, classe e raça; direitos humanos e autonomia e, laicidade. Quanto ao primeiro aspecto, a expositora afirmou que a “clandestinidade atinge prioritariamente mulheres pobres e [...] negras”, constituindo-se como “mais uma violência contra a população negra” em um país “de histórico escravocrata e cultura racista.” Essa preocupação social com as sequelas do abortamento clandestino entre as mulheres de classes populares já era denunciada nas décadas de 1980 e 1990, quando o aborto também era visto a partir do viés da autonomia e do direito à saúde. (BARSTED, 1992).

Além disso, a Pesquisa Nacional do Aborto de 2016, que entrevistou 2002 mulheres⁸ no Brasil, demonstrou que a interrupção voluntária da gravidez é um “fenômeno frequente e persistente” e que, no ano da coleta de dados, cerca de 1 em cada 5 mulheres, aos 40 anos, já havia realizado tal prática. A maior frequência estaria entre mulheres de menor escolaridade (22%, até a 4ª série), indígenas (24%), pardas (14%) e pretas (15%), vivendo nas regiões Centro-Oeste, Norte e Nordeste. Ademais, revelou que no quesito religião, mulheres católicas e evangélicas/protestantes/cristãs não católicas também realizaram o aborto, correspondendo a 13% e 10%, respectivamente. (DINIZ, et. al., 2016, p. 654-655; 657).

Desse último dado, pode-se passar ao ponto dos direitos humanos e da autonomia, já que, segundo a expositora, “a realização plena da cidadania” e a “dignidade das mulheres” [...] dependem de terem reconhecido seu direito de controlar sua capacidade de fazer novos seres humanos.” Nesse sentido, vale lembrar que o Plano de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994) e a IV Conferência Mundial Sobre a Mulher (Beijing, 1995) podem ser considerados como fundamentais ao reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos fundamentais. Para Correa e Petchesky (1996), os deveres associados a tais direitos pertencem não só às mulheres, mas também às agências, governamentais e intergovernamentais, responsáveis por promovê-los.

Em relação a autonomia, a expositora declara que na “tradição católica, há o reconhecimento de que um princípio ético fundamental é o recurso à própria consciência [...], invocado no discurso teológico favorável à liberdade reprodutiva.” E afirma que o aborto somente foi considerado como pecado na segunda metade do século XIX. Partindo do pressuposto de que não há um consenso na Igreja Católica sobre a questão do aborto, não se tra-

⁸ Na PNA 2016, o termo ‘mulheres’ diz respeito à “subpopulação de mulheres alfabetizadas com idade entre 18 e 39 anos no Brasil no ano de 2016 nas áreas urbanas dos municípios.” (DINIZ, et. al., 2016, p. 655).

tando de um “dogma” na visão de Maria José Rosado, ela traz à baila a “doutrina do probabilismo”, apresentada no tópico anterior. Dessa maneira, a decisão sobre continuar ou interromper uma gestação caberia à mulher.

Essa, inclusive, é a opinião de religiosas e religiosos brasileiros. Em novembro de 2010, Católicas e Ibope Inteligência realizaram a “Pesquisa de opinião pública sobre o aborto”, entrevistando 2002 pessoas, em 140 municípios brasileiros. E em 2017, a pesquisa “Percepções sobre aborto e educação sexual”, realizada pelas mesmas instituições, entrevistou 2002 pessoas a partir dos 16 anos, em 143 municípios. Comparando as duas amostras verificou-se que um aumento na opinião a respeito de ser a própria mulher quem deve decidir sobre o aborto, que passou de 61%, em 2010, para 64%, em 2017. E quando a análise foi feita a partir da variável religião, o posicionamento de religiosas e religiosos se manteve em sintonia: de 61% para 65%, em relação a católicas/os, e de 56% para 58%, em relação a evangélicas/os. (IBOPE; CDD/BR, 2010, 2017).

As mesmas pesquisas apontam que não é a Igreja ou os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que deveriam decidir sobre a interrupção voluntária da gravidez — 11%, em 2010 e 12%, em 2017. (IBOPE; CDD/BR, 2010, 2017). Não por acaso, Jean Cohen (2012[1997]), afastando-se da ideia de que o espaço privado significou a manutenção de injustiças sociais e violências praticadas contra as mulheres, defende uma esfera privada que garanta a liberdade reprodutiva da mulher independente do fundamento de sua decisão, já que não estaria em pauta suas crenças ou tradições, mas uma questão de direito. O objetivo do “direito à privacidade” é que as mulheres decidam conforme a sua própria ética e sem o assentimento ou interferência de terceiros, as questões concernentes à reprodução e à sexualidade.

Sob essa perspectiva Maria José Rosado enfatiza a laicidade do Estado brasileiro, que “não é contra as religiões, mas não [deve] permitir que se imponha à toda a sociedade, cada dia mais diversa em suas adesões religiosas, norma e agenda moral religiosa.” Embora apresente uma pluralidade religiosa, com cerca de 64,6% de católicas/os, 22,2% de evangélicas/os e 8% sem religião (IBGE, Censo 2010), o país possui encaminhamentos de leis e políticas públicas norteados por valores religiosos. Veja-se, por exemplo, o aborto. Reuniram-se em torno desse tema católicos e evangélicos “pró-vida” contra a suposta “cultura da morte.” (MACHADO, 2013). Membros da Frente Parlamentar Evangélica se opõem, inclusive, às suas permissões legais — resultante de estupro (artigo 128, I, Código Penal), que acarrete risco à vida da gestante (artigo 128, II, Código Penal) e em caso de feto anencefálico (ADPF 54). (MACHADO, 2013).

Assim, ao encaminhar para o fim de sua exposição, Maria José Rosado sustenta que “a vida é um dom precioso a ser defendido, mas não se pode restringir essa proteção à vida do feto e seguir culpando as mulheres que abortam, condenando-as à morte.” E complementa: “que defesa da vida é

essa? ” Rogando por um país “justo, democrático e laico”, é que a expositora diz esperar que o Brasil siga o exemplo da Irlanda, um país de adeptos ao cristianismo, mas que teria se atentado à necessidade de assistir as mulheres, que não deixam de recorrer a prática do aborto devido a restrições legais ou religiosas. Encerrando com a frase “nem presas, nem mortas. Queremos as mulheres vivas! ”, Maria José Rosado foi aplaudida⁹ de pé por muitas mulheres presentes na audiência pública, incluindo as feministas cristãs¹⁰ — católicas e evangélicas.

CONCLUSÃO

A participação de Católicas pelo Direito de Decidir na audiência pública sobre o objeto da ADPF 442 foi crucial para o conhecimento de uma organização que se apresenta enquanto católica e feminista, e que, como tal, se propõe a discutir questões de gênero e de justiça social. Apresentando-se como aliada ao discurso pela vida das mulheres, sua equipe multidisciplinar dialoga com diferentes setores da sociedade, problematizando as visões de mundo que parecem desconsiderar a realidade social das mulheres brasileiras sob os argumentos “pró-vida” e da “cultura da morte”.

A Organização, criada na década de 1990, surgiu em um contexto de discussão nacional sobre a interrupção voluntária da gravidez e seguiu apresentando, ao longo dos anos, argumentos que fundamentam o direito de decidir, a liberdade de consciência e o reconhecimento da diferença, defendendo o direito ao aborto em todos os casos, de forma legal e segura. Assim, a articulação de pautas dos movimentos feministas, a exemplo do aborto, com a religião cristã, parece contribuir para a reconstrução da esfera pública religiosa e da esfera privada familiar.

Por fim, agradecendo as contribuições do GT09, Diversidade nas instituições e nas relações interpessoais, ressalta-se que o término da exposição oral foi acompanhado de uma salva de palmas desferidas de pé pela maioria das mulheres presentes na audiência — católicas, evangélicas, de outras religiões e de nenhuma pertença religiosa. Observa-se, portanto, que a autonomia individual para decidir sobre todos os campos da sua vida é um tema que toca a todas as mulheres, independentemente de sua crença.

⁹ Em outros momentos de sua exposição, Maria José Rosado também foi aplaudida, apesar do pedido da Ministra Rosa Weber, nos períodos iniciais da audiência, para que nenhum tipo de posicionamento, contrário ou a favor, fosse manifestado.

¹⁰ Por “feminismo cristão”, entende-se um movimento de mulheres cristãs, de cunho progressista, que baseia seus posicionamentos em argumentações feministas.

REFERÊNCIAS

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Legalização e descriminalização do aborto no Brasil: 10 anos de luta feminista. *Revista Estudos Feministas*, v. 0, n. 0, 1992, p. 104-130.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Min. Rel. Rosa Weber. Distribuído em: 15 mar. 2017.

CAFÉ FILOSÓFICO CPFL. Feminismo e Religião. Maria José Rosado. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kFpLZC8tNS0>>. Acesso em: 13 ago. 2019, 17:00.

CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR. Biblioteca. Disponível em: <<http://catolicas.org.br/category/biblioteca/>>. Acesso em: 13 ago. 2019, 14:50.

CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR. Notícias. Confira discurso de Católicas na audiência pública sobre a ADPF 442 no STF. Disponível em: <<http://catolicas.org.br/novidades/noticias/confira-discurso-de-catolicas-na-audiencia-publica-sobre-a-adpf-442-no-stf/>>. Acesso em: 16 ago. 2019, 15:00.

CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR. Maria José Rosado – Audiência pública no STF (06/08/18) – ADPF 442. Publicado em 8 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=iojpiY655bI>>. Acesso em: 16 ago. 2019, 15:00.

CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR; IBOPE INTELIGÊNCIA. Pesquisa de opinião pública sobre o aborto 2010. Disponível em: <<http://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2011/01/publicacao-Ibope-Catolicas-Aborto-2011.compressed.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2019, 18:20.

CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR; IBOPE INTELIGÊNCIA. Pesquisa de opinião pública 2017. *Percepções sobre aborto e educação sexual*. Disponível em: <http://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2017/10/Pesquisa-de-Opini%C3%A3o-P%C3%BAblica-2017-CDD-e-IBOPE-Percep%C3%A7%C3%B5es-sobre-aborto-e-educac%C3%A7%C3%A3o-sexual_3-MB.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2019, 18:30.

CORREA, Sonia; PETCHENSKY, Rosalind. Direitos Sexuais e Reprodutivos: uma Perspectiva Feminista. Physis: *Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1-2, 1996, p. 147-177.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016, *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, n. 22, v. 2, 2017, p. 653-660.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – UNFPA. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento — Plataforma de Cairo, 1994*. Disponível em: <<https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2019, 19:00.

GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

G1. Parlamento irlandês aprova legalização do aborto. *G1*, 13 dez. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/12/13/parlamento-irlandes-aprova-legalizacao-do-aborto.ghtml>>. Acesso em: 16 ago. 2019, 16:00.

HURST, Jane. Uma história não contada: a história das ideias sobre o aborto na Igreja Católica. Tradução de Sandra Lampreia. *Coleção Cadernos*, n. 1, 4ª ed. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo Demográfico 2010 – Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf> Acesso em: 20 ago. 2019, 14:00.

MACHADO, Maria das Dores Campos. Discursos pentecostais em torno do aborto e da homossexualidade na sociedade brasileira. *Cultura y Religión: Revista de Sociedades en Transición*, v. VII, n. 2, jun./dez. 2013, p. 48-68.

MAGUIRE, Daniel C.; PEGORARO Olinto; MEJÍA, Maria Consuelo. Aborto: descobrindo bases éticas para decidir com liberdade. Tradução de Fernando Lopes. *Coleção Cadernos*, n. 3, 2ª ed. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2001.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Teoria política feminista: textos centrais*. Vinhedo: Editora Horizonte, 2013.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e Política: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU MULHERES. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher — Beijing, 1995*. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/wp->

content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>. Acesso em 19 ago. 2019, 19:00.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

PLANALTO. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm >. Acesso em: 15 ago. 2019, 16:00.

PLANALTO. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 15 ago. 2019, 16:10.

PLATAFORMA LATTES. Maria José Fontelas Rosado Nunes. Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/6468382496358455>>. Acesso em: 15 ago. 2019, 18:30.

RED LATINOAMERICANA DE CATÓLICAS POR EL DERECHO A DECIDIR. CDD en América Latina. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20161105085058/http://www.catolicasporelderechoadecidir.net/cdd_latina.php>. Acesso em: 13 ago. 2019, 14:40.

SCAVONE, Lucila. Políticas feministas do aborto. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, n. 16, v. 2, maio/ago. 2008, p. 675-680.

VATICANO. Carta Apostólica *Misericordia et misera*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/apost_letters/documents/papa-francesco-lettera-ap_20161120_misericordia-et-misera.html>. Acesso em: 19 ago. 2019, 18:00.

EMPREENDEDORISMO FEMININO: Uma análise da pesquisa GEM 2000-2018

Isabel Cristina dos Santos

*Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS) Docente do Programa de Pós-graduação em Administração, São Caetano do Sul, Brasil,
isabel.santos@prof.uscs.edu.br*

Maria do Carmo Silva Lustosa

*Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS), Discente do Programa de Pós-Graduação em Administração, São Caetano do Sul, Brasil,
maria_esl@yahoo.com.br*

RESUMO

De acordo com a pesquisa do *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM, 2018) existem no Brasil, aproximadamente, 52 milhões de empreendedores, ou seja, a cada cinco brasileiros adultos, dois estão empreendendo. Para o GEM, empreendedor é todo o indivíduo envolvido na criação, manutenção e desenvolvimento de um negócio, podendo ser formal ou informal. A pesquisa que deu início em 1999 apresenta uma diferença entre a participação masculina e feminina marcante no decorrer dos anos. Em 2001, no Brasil, a cada dois homens, havia uma mulher empreendendo. À época levantou-se algumas questões que poderiam justificar essa proporção, que comparada a alguns países participantes, era elevada, como exemplo a condição de provedora do lar, o crescente número de separações conjugais trazendo o ato de empreender como uma opção de sobrevivência. O presente trabalho procura analisar os dados apresentados na pesquisa GEM e as possíveis justificativas para as diferenças apresentadas entre homens e mulheres na opção por empreender e, por consequência, na considerável redução no percentual de mulheres que permanecem empreendendo. A pesquisa caracteriza-se por ser exploratória e a metodologia utilizada foi a análise de conteúdo. A conclusão da presente pesquisa traz um panorama da ativa participação feminina no empreendedorismo inicial e uma redução do percentual feminino ao longo dos anos, reduzindo-se, drasticamente, na categoria de empreendedores estabelecidos.

Palavras-chave: Empreendedorismo; Feminino; Gestão.

INTRODUÇÃO

De acordo com a pesquisa do *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM, 2018), cujo objetivo é compreender o papel do empreendedorismo no

desenvolvimento econômico e social dos países, existe, no Brasil, aproximadamente, 52 milhões de empreendedores, ou seja, a cada cinco brasileiros adultos (idade entre 18 e 64 anos), dois estão empreendendo, quer seja na criação ou aperfeiçoamento de um novo negócio, ou na manutenção de um negócio já existente.

O GEM teve início, internacionalmente, em 1999 com a participação de dez países com o objetivo de realizar uma pesquisa cooperativa sobre empreendedorismo no mundo, a fim de estudar o ambiente e a percepção da sociedade em cada um dos países participantes. O Brasil iniciou sua participação no ano 2000,

Neste contexto, surge um importante fator, considerado em todas as pesquisas realizadas, a participação feminina no desenvolvimento do empreendedorismo. A diferença entre a participação masculina e feminina é marcante no decorrer dos anos. Em 2001, no Brasil, a cada dois homens, havia uma mulher empreendendo. À época levantou-se algumas questões que poderiam justificar essa proporção, que comparada a alguns países participantes, era elevada, como exemplo a condição de provedora do lar, o crescente número de separações conjugais trazendo o ato de empreender como uma opção de sobrevivência.

O problema da presente pesquisa reside no fato de como se apresenta a diferença do número de homens e mulheres empreendendo. As hipóteses levantadas são, entre outros fatores: a maior dificuldade das mulheres em obter financiamento, ao preconceito no ambiente de negócios e a dificuldade de conciliar as demandas da gestão organizacional com as atividades familiares.

O presente trabalho procura analisar os dados apresentados na pesquisa GEM e as possíveis justificativas para as diferenças apresentadas entre homens e mulheres na opção por empreender e, por consequência, na considerável redução no percentual de mulheres que permanecem empreendendo.

A pesquisa caracteriza-se como exploratória cuja metodologia adotada foi a análise de conteúdo, considerando os documentos presentes dos resultados das pesquisas doravante realizadas.

O método utilizado é a análise de conteúdo, pois de acordo com Bardin (2011) é um conjunto de técnicas que visam obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens. No caso da presente pesquisa, foi feita a análise dos documentos resultantes das pesquisas GEM.

Para utilização da análise de conteúdo é necessário realizar uma análise prévia dos documentos, utilizando-se os critérios de exaustividade ou não omissão, representatividade, homogeneidade, pertinência e exclusividade. Para tanto usa-se unidades de codificação, organização dos dados da pesquisa. Observa-se temas que se repetem e marcos teóricos (BARDIN, 2011)

DESENVOLVIMENTO

O presente trabalho foi dividido em um breve referencial teórico, tratando sobre o tema Empreendedorismo, logo após, têm-se a análise da participação feminina na pesquisa GEM e encerra-se com a conclusão da pesquisa.

1. REFERENCIAL TEÓRICO

O termo Empreendedorismo pode ser definido como um processo de criar algo diferente e com valor, dedicando tempo e esforços necessários, assumindo riscos financeiros, psicológicos e sociais, recebendo, para isso, as consequentes recompensas da satisfação econômica e pessoal (HISRICH, PETERS, 2004).

De acordo com Bygrave (2004) vive-se na Era do Empreendedorismo, ou seja, os indivíduos buscam o sustento financeiro na criação de algo diferente e, a princípio, inovador.

A percepção da importância do empreendedorismo no desenvolvimento econômico, social e nas novas formas de gestão tem aumentado nos últimos anos. Segundo Filion (1999), surgem, anualmente, mais de mil publicações no campo do empreendedorismo e é um dos raros assuntos que atrai especialistas de diferentes áreas.

Filion (1991) afirma, na Teoria Visionária do Empreendedorismo, que pessoas motivadas para empreender vão criando, ao longo do tempo e de suas experiências, ideias de produtos, definindo o empreendedor como alguém que concebe, desenvolve e realiza visões, existindo condições necessárias para seu desenvolvimento como: canalizar as energias em uma direção particular, concentrar-se em um determinado campo de atividade e lugar, adquirir experiência e conhecimento no assunto de interesse, ter capacidade de pensar e fazer escolhas, aptidão e desejo de se comunicar, determinação de realizar e concluir algo e perseverança para trabalhar por resultados de longo prazo.

Portanto desenvolver uma visão empreendedora é cumprir requisitos que diferenciam as pessoas que são motivadas a empreender das que não possuem essa motivação.

Filion (1991) ainda relaciona alguns passos para iniciar o processo de desenvolvimento da visão empreendedora, como exemplo tem-se: avaliação de suas próprias áreas de interesse, pontos fortes e fracos, leitura de estudo de casos biográficos, focalizar em área de interesse relacionada a pontos fortes do indivíduo e desejo de iniciar o processo de desenvolvimento de uma visão. Em suma o empreendedor, para iniciar o processo de desenvolvimento de uma visão, precisa analisar o ambiente externo, desde sua área de interesse até casos de pessoas bem-sucedidas na área, avaliar seus pontos fortes e fracos e, principalmente, o desejo de iniciar o processo de desenvolvimento de uma visão. Tem como principal fator de suporte tanto a criação como do desenvolvimento da visão, o sistema de relação do empreendedor (FILION, 1991).

2. PESQUISA GEM

A GEM (*Global Entrepreneurship Monitor*) inicia suas atividades em caráter piloto em 1999, a partir de uma iniciativa conduzida por duas instituições internacionais renomadas na área de estudos sobre Empreendedorismo. Em sua primeira edição participaram 10 países no projeto. Ao longo desses anos mais de 100 países fizeram parte da pesquisa. O Brasil participa dessa pesquisa desde o ano 2000(GEM, 2018).

O GEM diferencia-se por pesquisar o tema abordando, especialistas na temática e empreendedores, caracterizando-os em iniciais e estabelecidos, bem como, por oportunidade e necessidade.

Os empreendedores iniciais são subdivididos em nascentes – indivíduos que são proprietários de um novo negócio mais ainda não pagou salários – e novos – são donos de um negócio e já remunerou os seus proprietários por um período superior a três meses e inferior a 42 meses.

Já os empreendedores estabelecidos são os proprietários de um negócio que remunera por um período superior a 42 meses.

Quanto a motivação, o GEM (2007) define como empreendedores por oportunidade aqueles que, afirmam ter iniciado um negócio pelo fato de ter percebido uma oportunidade no ambiente, ou seja, escolhe o empreendimento dentre diversas e possíveis opções de oportunidades de negócio.

O empreendedor por necessidade é o indivíduo que iniciou o negócio pela ausência de alternativas para a geração de ocupação e renda, sente-se forçado a iniciar o próprio negócio por não existir outras opções de trabalho ou estar insatisfeito com as condições atuais de trabalho, costuma-se apresentar baixo nível de inovação (GEM, 2007).

3. PARTICIPAÇÃO FEMININA

A pesquisa GEM, desde seu início apresenta, entre seus resultados, a participação feminina no tocante a atividade empreendedora.

A diferença entre a participação masculina e feminina é marcante no decorrer dos anos. Em 2001, no Brasil, a cada dois homens, havia uma mulher empreendendo. À época levantou-se algumas questões que poderiam justificar essa proporção, que comparada a alguns países participantes, era elevada, como exemplo a condição de provedora do lar, o crescente número de separações conjugais trazendo o ato de empreender como uma opção de sobrevivência.

Considerando a classificação da pesquisa GEM referente a empreendedores iniciais e estabelecidos observa-se uma considerável discrepância apresentada entre homens e mulheres.

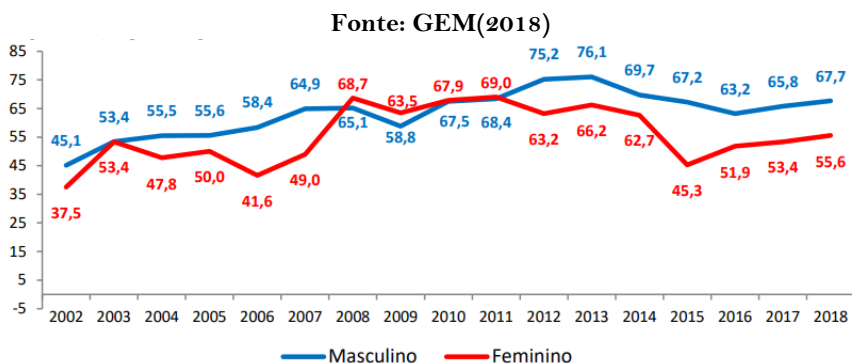
Entre os anos de 2001 e 2012 observa-se que, apenas, em 2007 a proporção de homens igualou-se a de mulheres como empreendedores iniciais e em 2009 houve uma pequena superação das mulheres. Nos demais anos do período 2001-2012, a proporção de homens iniciando novos negócios foi superior às mulheres.

Na classificação de empreendedor estabelecido, os homens superam as mulheres em todos os anos, de 2001 a 2018, chega-se em 2016 a uma diferença de 15% entre homens com empreendimentos estabelecidos e mulheres.

De acordo com a pesquisa realizada pela GEM (2007), as mulheres são mais de 50% da população brasileira e chefiam 1/3 das famílias, também como resultado da pesquisa, observou-se que 63% das mulheres empreendem por necessidade em contrapartida, apenas 38% dos homens empreendem por este motivo.

A GEM apresenta a evolução da distribuição considerando motivação e gêneros:

Gráfico – Evolução da distribuição percentual da motivação dos empreendedores por oportunidade (em estágio inicial) segundo o gênero – Brasil – 2002:2018

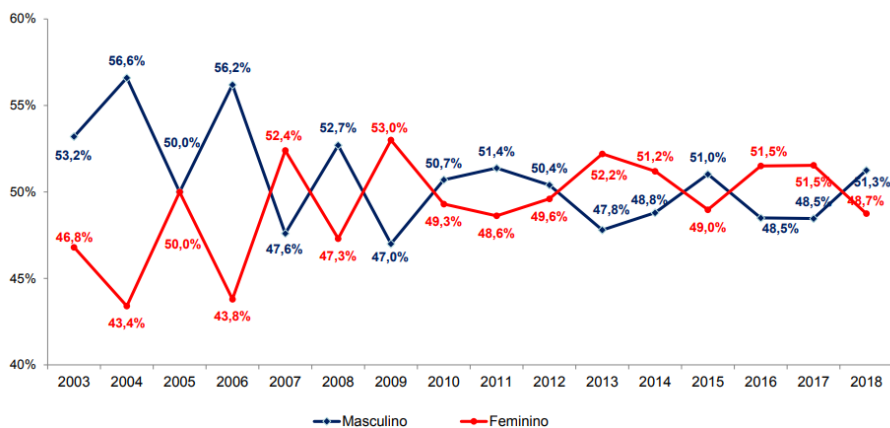


Constata-se que o gênero masculino empreende mais por oportunidade em, praticamente, todos os anos descritos no gráfico, exceto em 2008, quando nota-se uma participação maior do gênero feminino na motivação a empreender por oportunidade.

A análise da GEM(2018) afirma que os baixos percentuais apresentados entre os anos de 2012 e 2015 pode, aparentemente, ser reflexo da desaceleração da economia brasileira, o que também faz com que a mulher empreenda para complementação de renda. Uma vez que consiga uma melhor remuneração no mercado de trabalho, acaba por não dar continuidade ao novo negócio.

A GEM (2018) apresenta um gráfico que demonstra a evolução do Empreendedorismo inicial por gênero:

Gráfico – Evolução do percentual de empreendedores iniciais por gênero



Fonte: GEM (2018)

Observa-se que, a proporcionalidade de homens e mulheres iniciando novos negócios é oscilante, mas a diferença tem diminuído ao longo dos anos, apresentando, atualmente, uma pequena e sutil distância entre um grupo e o outro.

Considerando os empreendedores estabelecidos, essa sutil diferença não se confirma, uma vez que, têm-se 17,2% de mulheres empreendendo, contra 23,3% de homens.

A pesquisa justifica essa diferença, entre outros fatores, como maior dificuldade das mulheres em obter financiamento, ao preconceito no ambiente de negócios e a dificuldade de conciliar as demandas da gestão organizacional com as atividades familiares.

Nota-se, também, que as possibilidades de abertura de um novo negócio, levantamento da GEM (2018), perpassam de forma maior pela mentalidade masculina, ou seja, os homens afirmam mais positivamente do que as mulheres em não ter medo de fracassar no caso do desejo de começar um novo negócio, afirmam, também, possuírem conhecimento, a habilidade e a experiência necessária para iniciar um novo negócio e afirmam perceber, para os próximos seis meses, boas oportunidades para se começar um novo negócio das nas proximidades onde vivem.

CONCLUSÃO

Confirma-se que a participação feminina ainda é em proporção menor do que masculina, principalmente no tocante aos empreendedores estabelecidos. Várias justificativas podem-se ter sobre essa diferença, entre elas, é a complementação de renda, pois o público feminino, pode fazer uso de um novo negócio não dedicando-se totalmente, uma vez que, costuma-se permanecer no mercado formal, com uma atividade no mercado informal.

Conforme retratado, a grande maioria das mulheres empreendem por necessidade e não procuram orientações para iniciar seus negócios. Fatos estes que, podem ser indicativos da não continuidade dos novos negócios.

Outro fator relevante é que as mulheres, praticamente, igualam-se aos homens no quesito de iniciar novos negócios. Isto é relevante porque temos um perfil que se mostra confiante na intenção de empreender.

A participação feminina na abertura de novos negócios pode ser um indicativo de que, nos próximos anos, pode-se ter uma maior participação feminina como empreendedores estabelecidos, considerando que o público feminino é influenciado pela oscilação econômica e o Brasil recupera-se de forma lenta, têm-se um possível aumento nos próximos cinco anos.

Com relação as hipóteses levantadas na pesquisa GEM não pode-se corroborar, uma vez que, o órgão citado não possui ferramentas específicas para tal levantamento.

Todavia existe uma maior dificuldade das mulheres em obter financiamento, ao preconceito no ambiente de negócios e a dificuldade de conciliar as demandas da gestão organizacional com as atividades familiares pelo ambiente cultural atual, entre outros fatores.

Conclui-se que a pesquisa GEM, entre os anos de 2000 a 2018 apresenta uma participação ativa feminina no empreendedorismo brasileiro, um público que, cada vez mais, empreende por oportunidade e não por necessidade.

REFEFÊNCIAS

- BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BYGRAVE, W. D. *The entrepreneurial process*. In W. D. Bygrave & A. Zacharakis (Eds.). *The portable MBA in entrepreneurship*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2004.
- FILION, L. J. *O planejamento do seu sistema de aprendizagem empresarial: Identifique uma visão e avalie o seu sistema de relações*. RAE, São Paulo, v. 31, n. 3, p. 63-71, jul./set.1991.
- FILION, L. J. *Empreendedorismo: empreendedores e proprietários-gerentes de pequenos negócios*. Revista de Administração, São Paulo, v. 34, n. 2, p. 05-28, Abr./Jun., 1999.
- GEM, Global Entrepreneurship Monitor. *Empreendedorismo no Brasil: 2007*. Coordenação de Simara Maria de Souza Silveira Greco; diversos autores. Curitiba: IBQP, 2018.
- GEM, Global Entrepreneurship Monitor. *Empreendedorismo no Brasil: 2016*. Coordenação de Simara Maria de Souza Silveira Greco; diversos autores. Curitiba: IBQP, 2017.
- GEM, Global Entrepreneurship Monitor. *Empreendedorismo no Brasil: 2018*. Coordenação de Simara Maria de Souza Silveira Greco; diversos autores. Curitiba: IBQP, 2018.
- HISRICH, R. D. A.; PETERS, M. P. *Empreendedorismo*. 5 ed. Porto Alegre. Bookman, 2004.

FEMINISMOS, DIREITO E CRISTIANISMO: Implicações nos direitos das mulheres

Karen de Sales Colen

*Universidade Federal Fluminense, Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD),
Niterói, Brasil,
karencolen@id.uff.br*

Juliana Maia Victoriano da Silva

*Universidade Federal Fluminense, Mestranda em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD),
Niterói, Brasil,
julianamvsilva@gmail.com*

RESUMO

As questões relativas às relações sociais de gênero são questões centrais no debate sobre as sociedades contemporâneas e o Estado Democrático de Direito, sendo um desafio às teorias sociais e jurídicas. Nesse sentido, o presente artigo tem o objetivo de desenvolver uma análise sociojurídica acerca das intersecções entre o cristianismo e o Direito secular brasileiro, atentando-se para o estatuto pessoal das mulheres. Assim, pretende-se analisar como os papéis sócio-religiosos de gênero foram reproduzidos pelo Direito e quais as suas implicações para as mulheres brasileiras, observando as críticas e as contribuições dos movimentos feministas. Para tanto, a metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica, a partir da consulta da literatura jurídica, sociológica e da historiografia. Com essa investigação argumenta-se que a religião, sobretudo a cristã, é um elemento analítico crucial para a análise das relações de gênero no Brasil.

Palavras-chave: Direito brasileiro; Religião cristã; Estatuto pessoal das mulheres; Direitos das mulheres; Relações de Gênero.

INTRODUÇÃO

As questões relativas às relações sociais de gênero e as desigualdades entre homens e mulheres são, questões centrais no debate sobre as sociedades contemporâneas e o Estado Democrático de Direito, sendo um desafio às teorias sociais e jurídicas. Nesse sentido, o presente artigo tem o objetivo de desenvolver uma análise sociojurídica acerca das intersecções entre o cristianismo e o Direito secular brasileiro, especificamente, sobre o estatuto pessoal das mulheres – conjunto de normas relativas ao começo e fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família –, e as críticas e demandas

feministas. Assim, pretende-se analisar criticamente como os papéis sócio-religiosos cristãos de gênero foram reproduzidos pelo Direito e quais as suas implicações para as mulheres brasileiras, sejam elas religiosas ou não.

A análise sociojurídica das intersecções entre o Direito, o cristianismo e a teoria feminista, no contexto brasileiro, mostra-se relevante e pertinente em razão dos seguintes fatores: (i) a presença determinante do cristianismo na formação e organização social do Brasil Colônia, o que implicações no Brasil atual; (ii) o crescimento de movimentos cristãos conservadores e fundamentalistas nas últimas décadas, no Brasil; (iii) a presença da questão religiosa no debate público influenciando ou bloqueando decisões e políticas públicas; (iv) o embate entre a produção científica, os direitos humanos e os valores religiosos conservadores nas decisões políticas e jurídicas sobre o aborto, eutanásia, uniões homoafetivas e poliafetivas, adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, entre outros; (v) a reivindicação dos movimentos sociais progressistas, com destaque aos movimentos feministas e os movimentos pela diversidade sexual, por um Estado laico e a denúncia da influência da moral religiosa na legislação brasileira.

Para esse trabalho foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, a partir da consulta da literatura jurídica, sociológica e historiografia – inclusive, da literatura feminista. A hipótese é de que o cristianismo é um elemento analítico importante na discussão sobre as relações de gênero, especialmente, nas sociedades coloniais, em razão da influência da religião nas construções das normas sociais e legais. O artigo está dividido em duas partes. Na primeira, é procedida uma reconstrução, em termos gerais, da influência do cristianismo na construção social dos papéis de gênero e no Direito secular. Na segunda, uma abordagem da legislação brasileira e o caráter religioso impregnado, bem como as mudanças legais propostas e conquistadas pela mobilização dos direitos pelos movimentos feministas.

Com essa investigação, argumenta-se que os movimentos feministas têm se dedicado a denunciar os fundamentos religiosos impregnados na moral e no direito, para propor e reivindicar mudanças no Direito secular (reformismo jurídico), o que tem causado o aumento do embate com os seus principais oponentes: o contramovimentos religiosos fundamentalistas e conservadores. No entanto, nesse cenário de conflitos, surgem na esfera pública movimentos feministas cristãos, de caráter progressista e com alinhamento à agenda feminista, sendo atores políticos importantes na tradução (ALVAREZ, 2009) das reivindicações e pautas feministas para o público religioso, o que potencialmente pode favorecer uma futura coalizão entre os movimentos feministas seculares e os movimentos feministas cristãos, além de formação de alianças políticas progressistas dentro do segmento religioso, oxigenando o debate sobre as relações de gênero dentro e fora do ambiente religioso.

O presente trabalho se insere em pesquisas mais amplas, em curso, sobre os movimentos de mulheres religiosas católicas e evangélicas alinhados à agenda feminista, tema das nossas pesquisas de dissertação e de tese no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito na Universidade Federal Fluminense (RJ).

1. A MORAL CRISTÃ E O DIREITO SECULAR NAS SOCIEDADES OCIDENTAIS

Nesta seção, é realizada uma reconstrução, em termos gerais, da influência do cristianismo na construção das normas do estatuto social e os papéis de gênero e no direito secular nas sociedades ocidentais, incluindo o Brasil, a partir da literatura das ciências sociais e da historiografia.

A antropóloga estadunidense Gayle Rubin (1989), ao desenvolver a sua teoria acerca do sistema de sexo e gênero, fez uma análise das sociedades estadunidense e inglesa e identificou a relação entre a moralidade religiosa cristã ascética e a legislação civil, especialmente, sobre o sexo. Para a autora, os conflitos contemporâneos relativos à sexualidade têm relação com as disputas religiosas do final do século XIX, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos. Na Inglaterra, o período ficou conhecido como a Era Vitoriana, por corresponder ao reinado da Rainha Vitória, marcado pelos rígidos costumes, o fundamentalismo religioso e o moralismo social e sexual. Ainda, segundo a autora, no mesmo período, nos Estados Unidos, surgiram movimentos sociais com objetivo de normatizar o comportamento sexual, através de campanhas em defesa da castidade, contra a masturbação, a pornografia e a literatura obscena.

E Rubin (1989) conclui que a consolidação da moralidade vitoriana apresenta consequências ainda hoje, nas ciências médicas, nas relações sociais entre os indivíduos e também nas leis que, fortemente influenciadas pelo Direito Canônico, uma vez que proíbem e criminalizam comportamentos sexuais e de gênero considerados dissidentes daquilo que a matriz religiosa estabelece como o padrão.

O advogado e acadêmico argentino Juan Vaggione, na sua análise acerca do direito positivo na América Latina, sublinha a forte influência da religião nas construções das normas legais, em razão da colonização ibérica na região. De acordo com o autor (2016, p. 21; 26-27), “a moral sexual católica funcionou como matriz de sentido para distintos ramos do direito” e, em função disso, “o direito secular transmutou as normas religiosas em normas sociais, a família católica em família nacional e o pecado em delito.”

Para Vaggione (2017), um dos principais esforços dos movimentos feministas, que são movimentos sociais, políticos, econômicos e culturais de

caráter de emancipatório das mulheres tem sido visibilizar a influência da moral religiosa nas dimensões culturais da cidadania, no direito secular. Esse movimento de reformas legislativas tem sido articulado não só por feministas e acadêmicas, mas também por mulheres religiosas que reconhecem que a religião subjugou a mulher e isso tem implicações na vida social até os dias de hoje. Por exemplo, a teóloga feminista Ivone Gebara (2000, p. 125) afirma que: “a violência contra a mulher está relacionada com o discurso da religião cristã, visto que esta expressão religiosa tem apoiado a subordinação da mulher a partir das doutrinas que legitimam e sacralizam o sacrifício e o sofrimento.” No mesmo sentido, as cientistas da religião e feministas Sandra Souza e Carolina Teles (2009, p. 8) sustentam que: “a representação sócio cultural da mulher sofredora, resignada e submissa, é resultado da tradição cristã e é, frequentemente, evocada por lideranças religiosas e por religiosos ordinários, os fiéis e, principalmente, as fiéis.”

Apesar de haver em boa parte das sociedades ocidentais o ideal normativo da secularização - separação entre a religião e os seus ordenamentos jurídicos -, e de alguns dos seus Estados ser expressamente declarados laicos, o fato é que a religião continua a influenciar a moral, os costumes e também o Direito positivo das sociedades ocidentais, o que tem sido reconhecido por pesquisadores e pesquisadoras das ciências sociais, mas também por pesquisadoras religiosas e religiosas, como visto acima.

2. OS MOVIMENTOS FEMINISTAS E AS MUDANÇAS LEGISLATIVAS NO BRASIL

Nesta segunda seção, o objetivo é realizar uma análise da articulação entre o cristianismo e o direito positivo brasileiro, e as reivindicações feministas, ressaltando a importância da religião na discussão sobre as relações de gênero, especialmente, no contexto atual de embate entre os movimentos feministas e os contramovimentos fundamentalistas e conservadores cristãos.

Os movimentos sociais, incluindo os feministas, têm recorrido ao Direito como uma estratégia de atuação, com o objetivo de reformas jurídicas, seja através da edição de novas leis, seja através de decisões judiciais que contemplem a coletividade a quem representam. Tal estratégia de atuação não é unânime dentro dos movimentos sociais, sendo o reformismo jurídico alvo de severas críticas. No caso feminista, as teóricas feministas do Direito criticam o reformismo jurídico: “direitos não superam nem a ordem estabelecida, nem seus mecanismos de reprodução, pois cada direito, mesmo aquele que alguém possui contra o Estado, representa, ao mesmo tempo, um empoderamento do Estado.” (HOLZLEITHNER, 2016, p. 891).

Com efeito, para as teóricas que são críticas do reformismo jurídico, o Direito e a ordem jurídica são meios de controle social e de expressão do poder masculino (JARAMILLO, 2000) e também da branquitude (PIRES, 2018), e, portanto, incapazes de promover emancipação social ou superação da ordem posta. Mas, tão somente meio de fortalecimento do poder do Estado que continua a pautar quais reivindicações são legítimas e quais as soluções são admissíveis e quais não.

Conhecida a existência de um debate acerca do potencial emancipatório do direito e das críticas ao reformismo jurídico, importa informar que não serão objetos deste artigo, ficando reservadas para uma investigação posterior. Aqui pretende-se analisar a mobilização do Direito pelos movimentos feministas, os esforços para denunciar a influência da moral religiosa sobre o direito e reivindicar mudanças legislativas em temas relativos às mulheres.

A antropóloga Rita Segato (2006), na sua análise acerca conflito entre os direitos humanos universais e as variadas comunidades morais havidas no interior de um mesmo país, afirma que a disputa pelo reconhecimento de direitos se justifica no fato de que a “lei é a narrativa mestra da nação” (SEGATO, 2006, p.212), o que significa dizer que é a lei que estabelece aquilo que é permitido ou não em determinada sociedade, uma vez que o Estado liberal assumiu o monopólio da criação e da adjudicação do Direito.

Assim, no interior do mesmo país existem morais e valores distintos que estão em disputa entre si, os movimentos feministas, por exemplo, ao mobilizar do Direito e das normas jurídicas para a solução de conflito e a realização de interesses pessoais tem como objetivo reconhecimento da legitimidade de suas demandas pelo Estado e, via de consequência, a aplicação da lei com caráter impositivo a todas cidadãs e todos os cidadãos.

Especialmente com relação ao caráter impositivo da lei – *erga omnes* – é que se insere o debate sobre a laicidade do Estado, uma vez que a legislação é o resultado da atividade política, resultado do processo legislativo, ou seja, produção estatal, ela não deveria reproduzir um dogma religioso, na mesma em que implica na vida de pessoas que não congregam da mesma fé e não seguem o mesmo dogma.

No Brasil, a Igreja Católica exerce influência ideológica na política, no plano social (MONTERO, 2011) e, também, na moral sexual desde a colonização, processo que foi legitimado pelo cristianismo e a sua missão evangelizadora do mundo. Atualmente, à Igreja Católica soma-se à igreja evangélica, com as suas diversas denominações e lideranças religiosas, que têm sido um importante ator político e social no país, defensor dos papéis tradicionais de gênero e de uma moral sexual rígida (Machado, 2000 e 2006). Mas, retornando ao contexto da colonização, a construção sócio-religiosa cristã dos papéis de gênero relegou à mulher europeia branca ao ambiente doméstico, e à mu-

lher africana negra, destituída de humanidade, à escravidão, objetificada e propriedade do senhor de engenho. No entanto, é inegável que ambas tinham os seus corpos controlados pelo senhor, pelo homem branco.

A historiadora Mary Del Priore (2012, p.82-84) considera que a história das mulheres no Brasil Colônia está diretamente ligada com a história dos seus corpos. Segundo ela, os corpos femininos causavam inquietação e desconfiança, e durante séculos foram mapeados e interrogados pela imaginação masculina, em razão dos mistérios que a gestação e menstruação representavam à época. A título de exemplo, foi apenas no século XVIII que a Medicina descobriu que a gestação e a menstruação tinham relação com a ovulação das mulheres (PERROT, 2012, p. 63).

Diante os “mistérios” do corpo feminino, o discurso cristão católico reforçou a crença de que a mulher tinha uma ligação com o mal, sempre associada à culpa de Eva pelo fato de Adão ter comido o alimento proibido. De acordo com Araújo (2012, p. 46):

(...) o homem era superior, e portanto cabia a ele exercer a autoridade. São Paulo, na Epístola aos Efésios, não deixa dúvidas quanto a isso: “As mulheres estejam sujeitas aos seus maridos como ao Senhor, porque o homem é a cabeça da mulher, como Cristo é a cabeça da Igreja... Como a Igreja está sujeita a Cristo, estejam as mulheres em tudo sujeitas aos seus maridos”. De modo que o macho (marido, pai, irmão etc.) representava Cristo no lar. A mulher estava condenada, por definição, a pagar eternamente pelo erro de Eva, a primeira fêmea, que levou Adão ao pecado e tirou da humanidade futura a possibilidade de gozar da inocência paradisíaca. Já que a mulher partilhava da essência de Eva, tinha de ser permanentemente controlada.

Da leitura do excerto acima, observa-se como as escrituras sagradas podem ser interpretadas de modo a subjugar as mulheres. Esse olhar, inclusive, não esteve restrito ao âmbito religioso, estendendo-se aos espaços públicos. Não por acaso, Montero (2006, p. 49) alega que no lugar de se admitir a privatização da prática religiosa, deve-se identificar os aspectos que as formas religiosas assumiram em cada sociedade, de acordo com as suas maneiras de diferenciar e articular a esfera pública do Estado e a esfera privada da sociedade.

A legislação brasileira, por exemplo, foi utilizada para modelar e regular os comportamentos sociais das mulheres, reproduzindo os padrões estabelecidos pelo discurso religioso tais quais a irresponsabilidade e incapacidade feminina. As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, de 1707, principais legislações eclesiásticas do Brasil Colônia, reproduziam as normas acerca da família e da sexualidade, como por exemplo: (i) a submissão da mulher ao pai, e sendo casada, ao marido, (ii) a valorização da castidade, (iii) a

desvalorização do corpo e o sexo como algo pecaminoso e sujo, que só poderia ser exercido legitimamente dentro do casamento e para fins de procriação.

As Ordenações Filipinas, legislação de caráter conservador, reproduziam as orientações religiosas e os papéis estereotipados de gênero — homem/provedor e mulher/dona de casa —, além de admitir castigos físico às mulheres na hipótese de adultério. Nessa época, as mulheres negras e brancas não podiam estudar, frequentar escolas e universidades, por exemplo. A luta pela educação feminina teve como uma das suas principais expoentes a feminista Nísia Floresta, autora do livro “Direitos das Mulheres e Injustiças dos Homens”, em que reivindicava a educação como um direito das mulheres.

O Código Civil de 1916, por sua vez, editado no período republicano, também reproduziu a ideia de subordinação da mulher; ao manter o homem como responsável pela sociedade conjugal e definir a mulher casada como incapaz para os atos civis, necessitando de autorização do marido para, por exemplo, comprar um bem, receber uma herança e exercer uma profissão. Além disso, o Código estabelecia que somente o casamento constituía família legítima (sacralização da família) e que ele era indissolúvel, tal qual o dogma cristão. Já o Código de Processo Civil de 1939 vedava que a mulher ingressasse na justiça sem assistência do marido ou do pai, de forma que seu direito de acesso à justiça estava condicionada à anuência e participação do marido.

Após quarenta e seis anos, o Estatuto da Mulher Casada de 1962, uma lei antidiscriminatória, conferiu plena capacidade à mulher, revogando as discriminações jurídicas estabelecidas no Código Civil de 1916, produzindo igualdade formal com a dispensa da necessidade de chancela marital para o trabalho e para a aquisição de bens e patrimônios. E a Lei do Divórcio de 1977, introduziu na legislação a possibilidade da dissolução do casamento.

A partir da década de 70, os movimentos feministas se rearticularam na luta contra a ditadura, e no período da redemocratização do país, na ocasião da Constituinte, ganharam protagonismo político, apresentando demandas por direitos, tais como, o enfrentamento à violência de gênero, o reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos, o direito à saúde, o direito ao trabalho, os direitos políticos (PINTO, 2003), o direito à igualdade no casamento, e as cotas. O movimento ficou conhecido como *Lobby* do Batom, cujos lemas feministas eram: “Constituinte Para Valer tem que ter Palavra de Mulher!” e “Constituinte Para Valer tem que ter Direitos de Mulher.” (PINTO, 2003).

O combate à violência de gênero ganhou destaque na agenda feminista, tendo sido a violência doméstica contra a mulher enquadrada como problema social, político e jurídico, que acontece em consequência da desigualdade de gênero no âmbito doméstico, o que violando direitos humanos das mulheres. Nesse caso, a mobilização do Direito, através do uso estratégico e político das categorias de violência, gênero e direitos humanos (MACIEL;

PRATA, 2011) possibilitou a ampliação do diálogo sobre o tema da “violência de gênero” com mulheres inscritas em realidades sociais distintas, com a sociedade civil, com os homens e também com o Estado, criando um ambiente sociopolítico positivo ao reconhecimento da legitimidade da reivindicação por uma lei especial em matéria de violência doméstica e familiar contra a mulher. Dessa forma, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) que visa coibir e combater a violência doméstica contra a mulher, é fruto da luta dos movimentos feministas, no Brasil, e é resultado positivo da mobilização do Direito como estratégia política.

No entanto, o debate e a mobilização do direito acerca da questão do aborto não tiveram o mesmo êxito jurídico que a luta contra a violência de gênero ainda estando o debate bastante impregnado de valores e da moral religiosa.

E, nas últimas décadas, no Brasil e em várias sociedades ocidentais, verifica-se a crescente mobilização pública dos contramovimentos cristãos conservadores e fundamentalistas, capitaneado pela Igreja Católica, mas que conta com lideranças e apoiadores pertencentes às igrejas evangélicas, em especial as pentecostais, em reação ao avanço e as conquistas dos movimentos feministas, o que Vaggione (2012) chama de “ativismo religioso conservador”.

O que chama a atenção, segundo Vaggione, é que os contramovimentos religiosos utilizam uma gramática de tratados de direitos humanos, discursos científicos e bioética – “secularismo estratégico” (VAGGIONE, 2005) – para embasar seus posicionamentos, adaptando a sua linguagem e os seus interesses aos procedimentos formais da democracia, sem usar o texto religioso ou fundamento religioso como argumento, o que estaria inscrito num fenômeno mais amplo chamado de “politização reativa.” (VAGGIONE, 2005, p. 26). Isso faz com que o embate polarizado entre os movimentos feministas e os movimentos religiosos conservadores e fundamentalistas marquem a disputa pelo reconhecimento ou não dos direitos das mulheres.

Nesse cenário político marcado pelo embate entre feministas e religiosos conservadores, chama a atenção o aparecimento de movimentos católicos e evangélicos com o perfil progressista, o que tem sido definido na literatura das ciências sociais como o comportamento de atores religiosos e igrejas comprometidos com pautas que trabalhem com as minorias sociais e com a defesa dos direitos humanos. Tais movimentos são críticos e contrários ao posicionamento de religiosos conservadores e fundamentalistas, disputando a identidade cristã (VITAL & LEITE, 2017). São alguns exemplos destes movimentos progressistas: Rede de Mulheres Negras, Projeto Redomas, Coletivo Vozes Marias, Evangélicas pela Igualdade de Gênero, Católicas pelo Direito de Decidir, Projeto Espelho Meu da Igreja Betesda, entre outros.

Na compreensão de Conolly (2005), estes movimentos têm potencial de pluralizar o cristianismo, promovendo uma ruptura da hermenêutica cristã tradicional, desafiando o conhecimento, a moralidade, a responsabilidade – e aqui incluímos – a ética sexual e reprodutiva tradicional, e podem sinalizar uma futura coalizão com os movimentos sociais seculares na defesa de direitos humanos. Esses movimentos de mulheres religiosas e também acadêmicas reconhecem que as contribuições religiosas que têm implicações no estatuto de subordinação das mulheres, não são próprios da religião, mas, antes, sinalizam para o caráter ambíguo da mesma. Em outras palavras, a religião não é somente conservadora, podendo desempenhar um papel importante na luta emancipatória das mulheres, produzindo significados de autoafirmação e libertação. (ROSADO, 2015, p.10).

Ainda, de acordo com Maria José Rosado (2015, p.10), socióloga e líder do movimento Católicas pelo Direito de Decidir, “como fiéis, as mulheres podem ser submetidas ao poder disciplinador das religiões, mas podem, igualmente, por sua ação e seu pensamento contribuir para a sua mudança.” E a teologia cristã feminista¹ sinaliza uma dissidência da hermenêutica tradicional cristã, aplicando o pensamento feminista no campo da religião, especialmente no debate sobre a ética sexual e reprodutiva.

O que Conolly (2015) chama de futura coalizão, pode ser lido nas palavras de Sonia Alvares (2009, p.580) como o processo de *tradução* que, nas palavras da autora, significa “estratégia política e teoricamente indispensável para forjar alianças políticas e epistemologias feministas em prol da justiça social, antirracistas, pós-coloniais e anti-imperialistas”, dentro e fora do espaço religioso.

CONCLUSÃO

Como visto, no Brasil, o cristianismo sempre esteve presente na esfera política, influenciando a cultura, a moral e o Direito. Os movimentos feministas têm empreendido esforços para visibilizar essa influência religiosa na legislação e propor mudanças no Direito em observância à laicidade do Estado. O recurso do Direito se tornou uma estratégia de atuação política dos movimentos sociais, inclusive os feministas, tanto no plano internacional quanto no plano nacional, e a disputa pelo reconhecimento de direitos se justifica no fato de que a lei estabelece aquilo que é permitido ou não no interior

¹ A Teologia Feminista é uma perspectiva teológica baseada na promoção da igualdade entre homens e mulheres na igreja e na sociedade, em geral. É também considerada como uma linha de pensamento que tem como referência “o contraste com outras vertentes feministas.” (ROHDEN, 1995, p. 3). Conforme descreve o Dicionário de Teologia Feminista (1996, p. 502), essa é “crítica e replanejamento” e “não se considera como um complemento da teologia tradicional, mas como um novo conceito de teologia.”

de uma sociedade, uma vez que o Estado liberal assumiu o monopólio da criação e da adjudicação do Direito.

Os movimentos feministas conseguiram mobilizar a sociedade e aprovar as mudanças legislativas que reivindicavam, os seguintes temas: direito ao estudo, o direito à igualdade no casamento, o direito ao trabalho, direito à saúde e a direitos sexuais e reprodutivos e ao enfrentamento à violência de gênero. Algumas das mobilizações foram exitosas com a edição de leis e a adoção de políticas públicas que proíbem a discriminação negativa das mulheres, bem como normas que atendem às suas reivindicações, enquanto minoria social, como, por exemplo, cotas na política. No entanto, pautas como a descriminalização e legalização do aborto ainda não foram consagradas no ordenamento jurídico brasileiro.

Nas últimas décadas do século XX, em reação aos avanços dos movimentos feministas, os contramovimentos religiosos conservadores e fundamentalistas têm se articulado para inviabilizar decisões judiciais e políticas, bem como a implementação de políticas públicas que visam promover direitos às mulheres. Com o acirramento desse embate entre religiosos e feministas, novas linhas relativas à separação da igreja e do estado estão sendo negociadas, confirmando a nossa hipótese de que o cristianismo é um elemento analítico importante na discussão sobre as relações de gênero, especialmente, nas sociedades que experimentaram o processo de colonização, em razão da influência da religião nas construções das normas sociais e legais.

E um novo desafio é posto pelos movimentos religiosos conservadores e fundamentalistas, na medida em que esses movimentos não utilizam diretamente argumentos religiosos a moral cristã para se opor às reivindicações feministas, mas sim argumentos jurídicos, bioéticos e científicos. Nesse cenário, novos movimentos cristãos evangélicos e católicos progressistas surgem na esfera pública para disputar o sentido de ser cristão, se posicionando a favor da defesa das minorias e dos direitos humanos, e fazem críticas à postura do segmento cristão conservador e fundamentalista.

Assim, como Conolly, entende-se que a atuação política desses novos movimentos cristãos progressistas podem oxigenar o debate e a agenda feminista de luta e reivindicações, e potencialmente pode ser compor uma aliança entre os movimentos feministas seculares e religiosos na defesa de direitos e a emancipação feminina, dentro e fora da igreja.

Por fim, agradecendo as contribuições e questionamentos colocadas pelo GT 09 - Diversidade nas instituições e nas relações pessoais, importa informar que foi acolhida a orientação de se realizar um trabalho mais conciso. Inicialmente, a proposta de trabalho pretendia articular as intersecções entre o Direito, o cristianismo e o feminismo, e ao mesmo tempo analisar dados de pesquisa empírica realizada junto ao movimento de mulheres no

enfrentamento à violência doméstica. Assim, optou-se por fazer nesse artigo uma discussão mais teórica e histórica dos direitos das mulheres e as implicações do cristianismo sobre a legislação relativa ao tema.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Sonia E.. Construindo uma política feminista translocal da tradução. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 17, n. 3, p. 743, set. 2009. ISSN 1806-9584. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2009000300007>>. Acesso em: 30 set. 2019, 18:02:00.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. Ordenações Filipinas: Ordenações e leis do Reino de Portugal Recopiladas por mandado d'el Rei Filipi, o Primeiro. São Paulo: Saraiva, 1957.

ARAUJO, EMANUEL. *A arte de sedução: sexualidade feminina na colônia*. In: PRIORE. Mary Del (org.) *História das mulheres no Brasil*. 10 ed. e 1ª reimpr. São Paulo: Contexto, 2012.

BIROLI, F. (2018). Reação conservadora, democracia e conhecimento. *Revista De Antropologia*, São Paulo, n. 61(1), 83-94, 27 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/145515/139668>>. Acesso em: 30 set.. 2019, 18:08:00

CONNOLLY. William. Evangelical-capitalist Resonance Machine, In Political Theory, Vol. 33 No. 6, p. 869-886, Sage Publications, 2005.

CONNOLLY. William. Fundamentalism in America. In: The Ethos of Pluralization, Series: Borderlines, University Of Minnesota Press, 1995.

COSTA, Claudia de Lima; ALVAREZ, Sonia E. A circulação das teorias feministas e os desafios da tradução. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 2, p. 579-586, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v21n2/09.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2019, 16:27:00

DEL PRIORE, Mary. *Magia e medicina na Colônia: o corpo feminino*. In: PRIORE. Mary Del (org.) *História das mulheres no Brasil*. 10 ed. e 1ª reimpr. São Paulo: Contexto, 2012.

FERREIRA, Ildefonso Xavier. Prólogo. In: VIDE, Dom Sebastião Monteiro da. *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*. (Impressas em Lisboa no ano de 1719, e em Coimbra em 1720. São Paulo): Tip. 2 de Dezembro, 1853.

GEBARA, Ivone. Rompendo o silêncio, (Tradução de Lúcia Mathilde E. Orth). Petrópolis, Vozes, 2000

GOSSMANN, Elisabeth; MOLTSMANN-WENDEL, Elisabeth [orgs.] [et. al.]. *Dicionário de Teologia Feminista*. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis/RJ: Vozes, 1996.

HOLZLEITHNER, Elizabeth. Emancipação por meio do direito?. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 7, n. 15, - *Dossiê "Direito e Gênero"* p. 889-900, 2016. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25363/18203>>. Acesso 30 set 2019. 19:56:07

JARAMILLO, Isabel Cristina. La crítica feminista al derecho, estudio preliminar. IN: WEST, Robin. *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uníandes, Instituto Pensar, p. 27-66, 2000.

MACHADO, Maria das Dores Campo. O tema do aborto na mídia pentecostal. *Estudos Feministas*, Santa Catarina, v. 8, n. 1, p. 211-223, 2000. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/9878/9103>>. Acesso em 30 set 2019, 19:57:00

MACHADO, Maria das Dores Campos. Pentecostais, sexualidade e família no Congresso Nacional. *Horizontes Antropológicos*, Rio Grande do Sul, 23(47), 351-380, 2017. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v23n47/0104-7183-ha-23-47-0351.pdf>>. Acesso 30 set 2019, 18:14:00

MACHADO, Maria das Dores Campo. Política e religião: a participação dos evangélicos nas eleições. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

MACHADO, Maria das Dores Campo. Religião e política no Brasil contemporâneo: uma análise dos pentecostais e carismáticos católicos. *Religião & Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 2, p. 45-72, 2015.

MACIEL, Débora A. & PRATA, Ana Paula da Silva Brito. Movilización por derechos y cambio legal: la Campaña de la Ley María da Penha. *Revista Política*, Santiago, 49 (1). Dossiê "Derecho, Justicia y Política", coord. de Virginia Vecchioli, Universidad de Chile. 2011.

MONTERO, Paula. Controvérsias religiosas e esfera pública: repensando as religiões como discurso. *Relig. soc.*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 1, p. 167-183, 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01008587201200100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 jul. 2019, 10:00:00

MONTERO, Paula. O Campo Religioso, Secularismo e a Esfera Pública no Brasil. *Boletim Cedex*, Rio de Janeiro, p. 1-7, out./dez. 2011.

MONTERO, Paula. Religião, pluralismo e esfera pública no Brasil. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 74, p. 47-65, mar. 2006.

PERROT, Michelle. *Minha história das mulheres*. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2012.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

PIRES, Thula. Racializando o debate sobre direitos humanos, *SUR 28*, São Paulo, .15 n.28, 65 - 75, 2018. Disponível em <<https://sur.conectas.org/racializando-o-debate-sobre-direitos-humanos>>. Acesso em 27 set 2019, 21:20:00.

PLANALTO. Constituição da República Federativa do Brasil Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 09 ago. 2019, 16:45:00

PLANALTO. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/19371946/Del1608.htm>. Acesso em 30 set 2019, 21:34:00

PLANALTO. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 09 ago. 2019, 10:23:00

PLANALTO. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 30 set 2019, 21:30:15

PLANALTO. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília: Presidência da República. <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em:09 ago. 2019, 17:15:00

ROHDEN, Fabíola. *Feminismo do sagrado: o dilema “igualdade/diferença” na perspectiva de teólogas católicas*. 1995. 199p. Tese (Doutorado em Antropologia Social). Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

ROSADO, Maria. As complexas relações entre religião e gênero. In: ROSADO, Maria (org.) *Gênero, Feminismo e Religião: sobre um campo em construção*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Garamond, p. 7-18, 2015.

RUBIN, Gayle. (1989), “Reflexionando sobre el sexo. Notas para una teoría radical de la sexualidad”. In: C. Vance (comp.). *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina*. Madrid: Revolución

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 207-236, Abr. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132006000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 30 set 2019.

SENADO. Ordenações e leis do Reino de Portugal.

SOUZA, Sandra; TELES, Carolina. *A Casa, as mulheres e a Igreja: relação de Gênero e Religião no contexto familiar*. São Paulo: Fonte Editorial, 2009.

VAGGIONE, Juan Marco. A “cultura de la vida: Desplazamientos estratégicos: reconfiguraciones políticas del activismo religioso conservador. *Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, 32(2): 57-80, 2012. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rs/v32n2/04.pdf>>. Acesso em 30 set 2019, 19:40:00.

VAGGIONE, Juan Marco. La Iglesia Católica frente a la política sexual: la configuración de una ciudadanía religiosa. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 50, 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010483332017000200303&script=sci_abstract&tlng=es>, Acesso em 30 set 2019, 18:19:00

VAGGIONE, Juan Marco. Reactive politicization and religious dissidence: the political mutations of the religious. *Social Theory and Practice*, v. 31, n. 2, p. 233-255, 2005. Disponível em <10.5840/soctheorpract200531210>. Acesso em 30 set 2019, 19:42:00

VAGGIONE, Juan Marco. Sexualidad, derecho y religión: entramados en tensión In: SÁEZ, Macarena y FAÚNDES, José Manuel Morán (Editores). *Sexo, Delitos y Pecados Intersecciones entre religión, género, sexualidad y el derecho en América Latina*. Center for Latin American & Latino Studies, American University, Washington, D.C, p. 17-47, 2016.

VITAL, Christina; LOPES, Paulo Vitor. *Religião e Política: medos sociais, extremismo religioso e as eleições 2014*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2017.

PARTICIPAÇÃO DA MULHER NA POLÍTICA ATUAL: Representação simples ou qualificada

Rafaela Araújo

CESA, Acadêmica do curso de Direito, Barbacena, Brasil. UEMG, Acadêmica do curso de Ciências Sociais, Barbacena, Brasil.

araujorafaela55@gmail.com

Maria Rita Rodrigues

UERJ, Doutoranda e mestra em Direito, Bolsista Capes, Rio de Janeiro, Brasil. CESA, Professora de Direito Civil, Barbacena, Brasil.

mariarita.rdg@gmail.com

Ciro Antônio da Silva Resende

UFMG, Mestre em Ciência Política. CESA, Professor de Metodologia, Barbacena, Brasil.

ciro.sr@hotmail.com

RESUMO

A trajetória da mulher no que tange a busca por direitos, no âmbito da democracia, reflete parte da luta feminista contra violências das mais variadas formas e opressões, bem como se apresenta como um importante fator de empoderamento na busca pela igualdade de direitos, sobretudo os políticos, entre os gêneros. Desde o momento em que lutavam pelo direito ao voto até a atualidade, as mulheres vêm com muita dificuldade conseguindo sua inserção na política, o que acarreta por consequência, e mérito o auxílio na produção legislativa. No entanto, não é possível afirmar, com concretude, que haverá realmente por parte das candidatas eleitas real utilização de seus cargos para que defendam os direitos femininos. A partir de tais pressupostos, resta questionar: Realmente foi suficiente para eliminar tamanha desigualdade e distinções existentes entre os dois gêneros? Ocorreu uma efetiva conquista em igualdade de direitos? As candidatas que se encontram eleitas estão de fato exercendo com efetividade sua representação das demais mulheres, defendendo suas pautas e seus direitos? Isto significa demonstrar a real ligação das mulheres com a política, buscando perceber a forma como estas se inserem neste meio, bem como as principais dificuldades encontradas ao tentar uma candidatura. Por meio do método de amostragem, será realizada uma análise de abordagem qualitativa, analisando projetos de leis apresentados pelas Deputadas Federais na legislação passada, período de 2015 – 2019 no Estado de Minas Gerais. Visando assim observar as pautas que estão sendo levantadas pelas mulheres que se encontram eleitas, a fim de observar essas

nuances além dos principais tópicos levantados. Por fim, a pesquisa utilizada para alcançar tal fim será a bibliográfica, utilizando as pesquisas anteriores já realizadas que versam sobre o tema aqui em debate. Bem como a documental, visando demonstrar a problemática levantada e a explicativa buscando entender a forma como se dá essa representação além de tentar compreender a forma como as cotas máxima e mínima são estipuladas.

Palavras-chave: Política; Mulheres; Representação.

INTRODUÇÃO

Visando analisar a trajetória da mulher no que tange a busca por direitos no âmbito da democracia, o presente trabalho procurará discutir a notável busca por maior participação na política. Tendo em vista que estamos diante de um passado que nos remete a muita luta e desigualdades desde o momento em que lutavam pelo direito ao voto, marco este que teve início nos anos de 1881, com o Decreto nº 3.029, conhecido como Lei Saraiva. Sendo assim, ao passar dos anos, bem como com a concessão de maiores direitos às mulheres, foi perceptível que essa conquista não era suficiente para eliminar tamanha desigualdade e distinções existentes entre os dois gêneros.

Isto é, significaria ser necessário trazer uma representação destas na política, se dando por meio de cotas mínimas que seriam destinadas a serem preenchidas por mulheres nos partidos políticos, que até o momento era unicamente constituído por homens. Que foram trazidas pela Lei nº 9.504/97, dispondo sobre normas que devem ser observadas nas eleições. Logo, em seu art. 10º, § 3º, estabelece que as cotas a serem preenchidas por candidatos de cada gênero, sendo no mínimo 30% e no máximo 70%.

A partir deste ponto, até a atualidade, as mulheres vêm com muita dificuldade conseguindo sua inserção na política, o que acarreta, por consequência e mérito, o auxílio na produção legislativa. Ocasionalmente, é notável ao analisar a historicidade do tema, a busca por uma maior conquista em igualdade de direitos, no entanto, em contrapartida, leva-se ainda em consideração a contribuição das mesmas para as mudanças legislativas. Nesse contexto, tendo por base as inúmeras discussões que envolvem a mulher na política, bem como sua representatividade na atualidade, é viável trazer à tona uma percepção que demonstre o impacto que vêm ocasionando, do mesmo modo proporcionando mudanças. A problemática a ser levantada estaria ligada ao fato de que possuir mulheres no poder, e em razão de estarem inseridas na política, não significaria afirmar que virão a representar os movimentos que buscam maiores direitos a essa minoria. Não implicando, por conse-

guinte, no avanço de questões femininas no departamento de produção legislativa.

No que tange a este aspecto, é possível questionar se as mulheres que se encontram no poder, fazendo parte de cargos políticos, estão realmente envolvidas na história da busca por direitos às minorias? Estão pautando na produção legislativa questões femininas? Esta representação é meramente ilustrativa para suprir as cotas que lhes são destinadas? Estão buscando em seus projetos abranger somente situações genéricas ou até mesmo cotidianas ou defender suas próprias causas?

Por tais questionamentos, perceber se há uma representação realmente qualificada fazendo jus ao patamar ao qual se encontra, dando o devido valor às origens, as historicidades e aos direitos femininos. Ou se ao contrário, estamos diante de uma representação que visa somente se basear em questões diversas, não interligando a questões essenciais que ainda devem ser debatidas. Para alcançar tal fim, o presente trabalho versará uma pesquisa com abordagem qualitativa, por uma análise com necessidade de maior aprofundamento, no que tange a relação das mulheres com a política, bem como maiores e complexas informações em relação ao objeto a ser abordado. Tornando-se necessário ir além dos meios habituais de pesquisa bibliográfica.

Desse modo, será realizada por meio de um estudo de caso, concentrando-se nas mulheres no Estado de Minas Gerais, durante o período que compreende o ano de 2015 – 2019, a 55ª legislatura. Abrangendo sua forma de representação na política, bem como as dificuldades encontradas em se inserir neste meio. Isto significa demonstrar a real ligação das mulheres com a política, buscando perceber a forma como estas se inserem, bem como as principais dificuldades encontradas ao tentar uma candidatura.

1. LEVANTAMENTO TEÓRICO

Por muito tempo vem sendo discutida a participação da mulher na política, seja por meio da desigualdade e dificuldades encontradas ou pelos limites das cotas partidárias. Sendo assim, é relevante demonstrar alguns pontos levantados por demais atores que visaram demonstrar o ponto em questão.

Realizando uma breve revisão de literatura, nos é trazido por Andrade (2008) que a análise acerca das cotas eleitorais vem evidenciando a grande ponte de desigualdade existente entre homens e mulheres. Tendo em vista que, com o conhecimento de que houve mudanças na Lei eleitoral, volta à tona a discussão a respeito da Política de Cotas e a implementação de ações afirmativas. Estas que buscam colocar fim às discriminações que advém de sistemas ou práticas sociais, tendo por fundamento a igualdade de oportuni-

dades, buscando soluções a esta problemática. Logo, o modelo adotado no Brasil, que utiliza de cotas eleitorais que indicam os percentuais mínimo e máximo de candidatas por sexo em suas listas, encontra-se em frente a uma dependência no que se trata a participação parlamentar feminina em relação aos votos que somam na disputa com os homens.

Nesse contexto, foi perceptível tamanhos resultados positivos nos artigos utilizados, restando, em suma, demonstrada a existência de desigualdades e maior discriminação em relação as mulheres, sejam candidatas ou eleitas. De forma a confirmar a importância de tal lei e de seu sistema, mesmo que em outro prisma ainda seja perceptível pontos a serem melhor trabalhados. Isto é, mesmo sendo necessário a existência desse sistema de cotas, ainda o será insuficiente, no que tange a garantia de que haverá um maior número de mulheres eleitas (REZENDE, 2017).

Sendo cabível em tal momento questionar uma das principais lacunas perceptíveis nos artigos até então objetos de estudo, e o qual o presente trabalho versa abordar. Pois tamanha é a gama de artigos que visam analisar essa desigualdade referente às cotas partidárias, questão essa que mereceria mais destaque. No entanto, observa-se, ao adentrar à discussão sobre a legislação a garante, se estas cotas são realmente eficazes ou até mesmo adequadas para garantir o que pretendem. Já que as mulheres possuem esse acesso e têm sua representação na política por meio da influência destes fatores (ARAUJO, 2005).

Demonstrado é ainda seu enfraquecimento, bem como um distanciamento da carreira política, criando margem a discussão no que refere à representatividade das mulheres na política de fato, dentro destes meios decisórios. Da mesma forma que é trazido o fato de que, mesmo que sejam ampliados o percentual de mulheres nos cargos eletivos, esta inclusão não demonstrará decerto “possibilidades e constrangimentos associados à atuação daquelas que conseguem se eleger”, questão que até o momento não tem sido devidamente discutida (REZENDE, 2017, p. 1200).

Com tal questionamento, adentra-se ao principal tema a ser abordado, pois, mesmo que se tenha o número de mulheres eleitoras como maioria, não significa poder afirmar que as mesmas terão em suas mãos o poder ou a vontade de realizar alguma mudança na situação política atual. Isto é, mesmo que haja um aumento dentro da estrutura parlamentar com uma maior composição de mulheres não poderá ser afirmado que as mesmas virão a versar a defesa e busca pelos direitos e questões relacionadas a mulher dentro deste âmbito (ANDRADE, 2008).

Por conseguinte, não será possível afirmar com concretude que haverá realmente por parte das candidatas eleitas uma influência no processo

decisório para uma “transformação ou reorganização das instituições políticas em direção à igualdade de gênero” (REZENDE, 2017, p. 1201).

Tendo por embasamento o explanado anteriormente, percebe-se nas obras analisadas um fator que ainda precisa ser analisado, tal questão que será apresentada neste trabalho. Sendo assim, o presente trabalho terá como objetivo primordial a análise dos pontos alçados em projetos de leis de deputadas federais, de forma a conseguir levantar o verdadeiro foco das mulheres no que diz respeito a representação feminina, comprovando se estará realmente sendo eficaz, demonstrando as principais temáticas sobre as quais legislam. Bem como, demonstrar a atual conjuntura da mulher na política, isto é a sua contribuição de forma a auxiliar na produção legislativa, quando visa defender a reivindicação e direitos femininos que precisam ser debatidos.

No que tange a este aspecto será utilizado como base de estudo projetos de lei que foram apresentados na Câmara dos Deputados, na 55^a legislatura, que inclui o período de 2015 a 2019. Possuindo como primordial hipótese que Andrade (2008) ao considerar que mesmo havendo um aumento dentro da estrutura parlamentar e em decorrência uma maior composição de mulheres eleitas, não restará visível a defesa e busca pelos direitos e questões relacionadas a mulher, podendo afirmar que não é realmente efetiva tal representação. De forma que ao abordar temas seja em projetos de leis, ou em debates realizados, os assuntos pautados estão ligados a assuntos gerais, estes que são diversos de problemáticas ligadas a mulher e questões de imensa importância pertinentes a seu gênero.

2. MULHERES NA POLÍTICA

É cabível em tal momento antes de adentrar ao ponto primordial, realizar a explanação de alguns conceitos que serão cruciais para a compreensão dos aspectos que serão abordados a seguir.

Primeiramente temos a democracia, esta que recebeu grande contribuição do contratualismo, com a criação de uma esfera de poder realizada pela livre vontade da população, por intermédio do pacto social. Este que veio estabelecer as regras para uma melhor convivência na sociedade, determinando conjuntamente os centros de poder.

Como o regime adotado pela maior parte das nações entendidas como desenvolvidas, a democracia popularmente conhecida como governo do povo, ou seja, as decisões são tomadas pela própria população as elites políticas da sociedade. Participando ativamente por intermédio do voto que outorgará a um representante que utilize de seus mesmos princípios para a gestão do governo.

Sendo assim, haveria uma representação, em que seriam demonstrados seus desejos e necessidades para uma melhora na condição social, econômica ou política. Respeitando os direitos fundamentais de cada indivíduo, trazendo uma maior harmonia social, bem como evitando possíveis conflitos, chegando a consensos para tomadas de decisões de grande relevância.

Balizada por princípios que visam o desenvolvimento para uma legitimidade deste regime, primeiramente a igualdade na qual todos os indivíduos enquanto cidadãos tem as mesmas oportunidades para participar nas tomadas de decisões políticas, bem como adentrar em qualquer cargo público. A liberdade ao que se refere a liberdade dos indivíduos a tomarem suas decisões sem interferências externas. E por último a dignidade da pessoa humana no que tange ao fato de que não poderá a democracia ir contra os valores inerentes que pertencem a cada indivíduo.

No Brasil, atualmente, adota-se o regime de democracia indireta, podendo identificar tal classificação, pois nesta categoria os indivíduos selecionam seus representantes, por meio de eleições diretas pelo voto individual, pessoal e secreto, para que estes venham a demonstrar seus interesses e vontades, a serem defendidos perante o Congresso Nacional. No entanto ainda encontramos que alguns instrumentos que poderiam ser utilizados para uma maior participação popular, a exemplo o plebiscito, que consulta a sociedade a respeito de determinadas leis, são ainda pouco utilizados.

Por conseguinte, temos um conceito que foi citado inúmeras vezes durante essa conceituação, a representação política. Após a eleição, há o início da demonstração dos interesses da sociedade, exercendo o mandato, sendo adotada a teria discricionária. Nesta os representantes podem livremente exercer suas funções dentro da política sem que haja restrições que venham a limitar sua apreciação quanto a realidade social, utilizando assim de suas próprias convicções.

Desta forma chegamos ao ponto primordial de análise, pois, partindo de um olhar geral, em outras sociedades é perceptível que as mulheres em cada uma destas têm seu papel definido. Isto é as condições sociais as quais são expostas diariamente, dependendo de um elemento definidor identificando os papéis que esta deve realizar. Sendo assim, constantemente seguidas por um dilema de pensar que determinada carreira não é definida ou não pode ser ocupada pelo gênero feminino.

Adentrar em um espaço que é naturalmente entendido como pertencente ao sexo masculino é tarefa desencorajadora as mulheres. De forma que expostas ficam as dificuldades e barreiras para fazer parte da política, por serem constantemente desqualificadas, pela visão social. Levando em consideração que foram cerceadas do direito de votar por muitos anos, acarretan-

do cada vez mais de seu distanciamento deste âmbito, seguido por consequência de um crescente desinteresse.

A busca de políticas públicas que venham a suprir este déficit de representação cada vez vem aumentando mais, no entanto, de fato só vieram a se concretizar a partir do momento que foi criada a política de cotas partidárias, definindo limites máximo e mínimos para candidatos por gênero.

Ou seja, o número de candidaturas femininas só aumentou significativamente após a criação da lei de cotas partidárias, no ano de 1998. Isso significa que mesmo que o número de candidaturas femininas venha aumentando, não significará que estas conseguirão ser efetivamente eleitas, tendo em vista que nesse mesmo ano, foi menor o número de mulheres eleitas. O que demonstra as limitações desta política, não garantindo as mulheres o direito de conseguir seu lugar frente a sua real participação.

No que concerne as cotas partidárias, não cabe a realização de aprofundamentos, pois resta confirmado que a criação de cotas não conseguiu de forma suficiente eliminar as tamanhas desigualdades existente entre os gêneros. Mesmo com a criação da Lei nº 9.504 de 1997 conhecida como lei das cotas partidárias. O que por consequência demonstra que não houve uma efetiva conquista no que se refere a igualdade de direitos às mulheres.

3. ANÁLISE DOS DADOS E RESULTADOS

A partir do exposto até o momento, cabe realizar uma análise acerca da questão levantada, isto é, como se dá a produção legislativa, bem como quais são as suas principais pautas. Sendo assim, por meio da análise dos projetos de lei apresentados na 55ª legislatura, que compreende os anos de 2015 a 2019, foi realizada a separação dos projetos em tópicos de forma a demonstrar os pontos mais apresentados pelas deputadas, isto é, sua participação como parlamentares, influenciando na criação de normas. Estes que serão apresentados a seguir, no total, foram avaliados 258 projetos de lei (PL) apresentados pelas mulheres para a confecção do resultado. Para tal, foi necessário separar os projetos, por ano, temas e aqueles que seriam necessários para testar a hipótese. Identificando, por conseguinte os apresentados pelas deputadas, no site da Assembleia legislativa do Estado de Minas Gerais, durante o período citado. Após esta coleta, foram avaliados separadamente cada um destes analisando os motivos aos quais levaram a apresentar necessidade de modificação nos dispositivos legais.

Primeiramente temos a educação, nesta categoria os critérios de escolha eram aqueles que abordam sobre a instituição escolar, programas de ensino, transporte de alunos ou professores, grêmios, ensino, ou ainda aqueles que versem sobre estrutura e adição ou retirada de matérias da grade

escolar. Em seguida temos segurança foram selecionados as que versam sobre medidas preventivas de proteção, políticas Estaduais de prevenção, ou ainda sobre bombeiras e polícias (militar, civil ou federal), sobre segurança pública ou privada. Associação e Utilidade pública aquelas que declaram de utilidade pública, como o reconhecimento de museus, cidades e monumentos históricos.

Meio ambiente os que abrangem as áreas de proteção ambiental, pavimentações e estações ecológicas, captação de águas da chuva, agricultura, relacionados a fauna e a flora. Saúde os projetos que versam sobre logística de medicamentos, campanhas de proteção e conscientização, especialização para determinados atendimentos ligados à área, assistência a pacientes e planos de saúde públicos ou privados. No caso da Administração pública os que abordam sobre desafetação, doação de bens públicos para outros fins, licitações, etc. E por fim, outros se encaixando os que não se enquadram aos anteriormente analisados como a concessão ou isenção de impostos, revogação de leis, pedágio, comercialização de drogas, dentre outros. O total se refere a quantos projetos foram apresentados durante cada ano, da forma que foram dispostos na tabela, demonstrando os apresentados durante toda a legislatura em análise.

Tabela 1: Projetos de Lei – 55ª Legislatura

Assunto	2015	2016	2017	2018
Educação	10	8	6	6
Segurança	5	3	1	3
Associação/ Utilidade pública	38	20	18	13
Meio Ambiente	8	7	3	4
Saúde	10	5	4	7
Administração pública	14	8	3	0
Mulher	5	3	2	3
Outros	29	6	0	6
Total	119	60	37	42

Substancialmente, resta evidente a mínima quantidade de projetos apresentados que versem sobre questões femininas. O que vem a confirmar a

hipótese levantada, significa dizer, mesmo que aos poucos a mulher venha conseguindo sua inserção na política, ainda terão defasagens ao que se refere a produção legislativa que defenda seus direitos como minoria.

Nesse momento, será realizada uma análise acerca das pautas que foram levantadas pelas deputadas, de forma a exemplificar os temas defendidos em questões referentes a mulher. No ano de 2015, como exposto, encontram-se o total de cinco projetos apresentados referente a questões femininas. O PL 1358, apresentado pela Deputada Ione Pinheiro, este que vem a abordar questões referentes ao diagnóstico e tratamento da depressão pós-parto nas redes de saúde tanto públicas como privadas. Visando dar assistência a mulher que se encontra fragilizada durante tal período lhe dando a assistência necessária, da mesma forma auxiliando para o tratamento necessário, trazendo tanto o seu próprio bem-estar, quanto o do bebê.

Já o PL 1357, proposto pela mesma deputada, prevê a criação de uma política de saúde para mulheres detentas, tendo em vista a grande vulnerabilidade para contaminação por doenças, além de estar diante de um sistema que foi construído especificamente para o sexo masculino. Além de se acrescentar o fato que estas muitas vezes são abandonadas pelos familiares ao se comparar com os detentos do sexo masculino estando mais propensas a depressão.

Em seguida, temos o PL 689 apresentado por Marília Campos dispõe sobre dados concernentes à condição da mulher perante ao Estado, esse projeto levanta questões referentes a desigualdade existente entre os gêneros, seja no aspecto cultural, religioso, econômicos, trabalhistas, dentre outros. Buscando a implementação de ações positivas, por meio de políticas públicas promovendo os direitos das mulheres, tentando erradicar tais discriminações e promovendo a igualdade. Já o PL 678 apresentado também pela deputada Marília Campos aponta a necessidade do aumento da licença maternidade, até mesmo quando se tratar de adoção de 4 para 6 meses contando assim com 180 dias.

Por fim, o último projeto apresentado neste ano, o PL 761 proposto pela deputada Rosângela Reis visa declarar de utilidade pública o grupo mulheres Criartes, este que tem por fim discutir temas inerentes a mulher, gerar atividades, combater problemas de depressão e outras questões referentes a saúde.

Por conseguinte, no ano de 2016 conta-se com três projetos de lei apresentados pela deputada federal Ione Pinheiro, o PL 3644 com a ideia da criação nos períodos noturnos de paradas seguras para as mulheres, visto que estão mais propensas às violências urbanas, incentivando medidas de segurança. Tem-se também o PL 3318 visando autorizar o poder executivo a instituição da caderneta da mulher, isto é, visa prevenir e controlar doenças

crônicas em mulheres por meio do desenvolvimento de ações com foco maior em câncer de mama, colo de útero e DST. Sendo uma estratégia eficaz para o diagnóstico precoce, e tratamento de forma a aumentar as chances de reduzir a mortalidade.

O último apresentado em tal ano o PL 3244 buscando humanizar o acompanhamento que as mulheres recebem no momento do parto, mediante a presença de doulas sempre que solicitado pela parturiente. Estas são mulheres que vem prestar assistência e apoio de maneira continuada a outra de forma a proporcionar conforto e suporte.

Logo, no ano de 2017 foram apresentados somente dois projetos, o PL 4880 apresentado pela deputada Marília Campos visando da maior atenção nas redes de saúde e social às mulheres gestantes, puérperas, bem como a seus filhos. Com um foco naquelas que possuem uma trajetória de vida marcada pelo álcool e outras drogas ou nas ruas, com um atendimento individualizado, eficiente e humanizado.

E também o PL 4677 proposto pela deputada Geisa Teixeira buscando a implementações de medidas que venham a informar e proteger a gestante e parturiente contra a questão da violência obstétrica. Proibindo que essas mulheres sejam submetidas a procedimentos dolorosos, que sejam humilhantes e desnecessários viando a defesa da mulher que deve ser a única a tomar decisões sobre seu próprio corpo.

Finalizando estas análises, temos os projetos apresentados no ano de 2018 com um total de três apresentados, todos propostos pela Deputada Marília Campos. Os dois primeiros a serem abordados tratam sobre a igualdade entre homens e mulheres seja na questão de igualdade gênero ou equidade salarial. O PL 5306 trata sobre a primeira destas questões, de forma a fortalecer as ações, por meio de políticas públicas que visem promover essa igualdade perante o Estado nos âmbitos político, econômico, social e cultural. A última PL 5233 se justifica pelo fato de que além de serem desfavorecidas dentro do Mercado de trabalho possuem estudos que demonstram que as mulheres recebem cerca de 30% a menos que os homens, sendo a presente proposta utilizada para criar mecanismos de forma a auxiliar no cumprimento da Constituição e demais leis relacionadas.

O último projeto que abordou o tema em estudo foi a PL 5203 trazendo considerações em relação ao combate ao feminicídio. Isto é crimes que estão ligados ao ódio somente pela condição de seu gênero, deste modo, visa garantir que haja um dia para que as instituições públicas e a sociedade se reúnam por intermédio de conferências de políticas sobre o combate ao feminicídio.

Por fim, resta fazer em última análise considerações acerca das Deputadas acima citas, demonstrando as visões que possuem e suas conquistas na política. Primeiramente a Deputada Ione Pinheiro sendo empresária, atua na região central da política e operou como chefe de gabinete durante o primeiro mandato parlamentar, a qual foi ainda reeleita para seu segundo mandato, possui filiação partidária com DEM. A segunda Deputada Marília Campos filiada ao PT agiu como militante desde 1980, iniciando-se como militante do movimento estudantil, psicóloga formada pela UFMG, e foi a primeira mulher a governar a cidade de Contagem, sendo reeleita em seu terceiro mandato.

Por conseguinte temos a terceira Deputada Rosângela Reis filiada ao PODE, é professora, orientadora e supervisora escolar, possui graduação em psicologia e pós graduação em didática, apoiadora de entidades sociais que visam a prestação de serviços comunitários, Sendo reeleita em quatro mandatos consecutivos, além disso foi presidente da Comissão do Trabalho, da Previdência e da Ação Social e da Comissão Extraordinária das Mulheres, vice-presidente da Comissão Especial da Violência contra a Mulher. E a quarta Deputada Geisa Texeira filiada ao PT, é assistente social, graduada em serviço sócias e pós-graduada em Gestão de responsabilidade civil. Operando na criação de cursos profissionalizantes, oficinas culturais e esportivas e ações de reinserção social para crianças e adolescentes, sendo esta a sua primeira legislatura.

Partindo de tais questões, resta perceptível que as mulheres que alcançaram estes lugares, e se tornaram parlamentares não são efetivamente representativas dentro do âmbito ao qual se esperava. Isto é, no que tange a busca de mulheres que venham a trabalhar pelo interesse de mulheres.

Quando foi alçado as principais conceituações foi demonstrado que os representantes vêm a ser escolhidos de acordo com seus ideais, daquilo que os indivíduos esperam que venham a defender. Com isso, ao analisar todas essas lutas para chegar ao poder, não se tem efetivamente que uma representatividade física de uma mulher não conduzirá de fato a uma representatividade simbólica.

Isto é, mesmo que tenham mais mulheres que conseguem ser de fato eleitas, encontra-se em contraponto uma perceptível lacuna no que tange a lutas por sua identidade. Levantando a hipótese anteriormente elaborada, chega-se ao consenso que de fato as mulheres parlamentares, mesmo conseguindo seus méritos na produção legislativa, não tem realizado a defesa a seus direitos que tanto vem lutando ao decorrer dos anos.

CONCLUSÃO

Decorrente do processo de muitas lutas como os movimentos feministas as mulheres vêm enfrentando a busca por igualdade no que tange a conseguir se inserir dentro de todos os meios aos quais anteriormente era excluída. Com tais conquistas, foi perceptível o aumento das cadeiras por parlamentares femininas, no entanto percebe-se a baixa produção legislativa no que tange aos seus direitos como minoria. Tendo em vista que espera-se que venham a representar os movimentos que as levaram até o lugar que se encontram, pois se não fossem estes, encontrar-se-iam vivendo como em tempos remotos, com a mesma desigualdade e preconceitos.

De fato, não foi possível enxergar um aumento real na produção legislativa como o esperado, no entanto como demonstrado os projetos apresentados possuem temas de grande relevância, e abordam assuntos necessários a serem debatidos. O que não afasta a esperança em um futuro em que possamos conseguir uma maior relevância dentro do parlamento, defendendo com maior força os direitos que eram até então limitados.

Sendo assim, cabe neste momento realizar uma sugestão para trabalhos futuros, não somente avaliando os projetos apresentados, mas também os votos das parlamentares, isto é, buscar analisar em quais projetos estão votando contra ou a favor, a forma como avaliariam estas propostas feita por demais deputados. Conseguindo assim alçar mais dados de forma a conseguir compreender esse complexo sistema de representação dentro da política.

Por fim, como visto ao analisar os projetos propostos sobre pautas femininas, demonstrado ficou o número limitado de deputadas que os apresentaram, como já era previsto, já que a lei de cotas vem estabelecendo somente uma porcentagem as candidaturas, resta também questionar, não seria mais apropriado buscar por uma igualdade no número de candidatas efetivamente eleitas, já que notável é que estabelecer essas cotas mínimas não é suficiente para equalizar esta situação.

REFERÊNCIAS

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 595 p. ISBN 978 -85-472-0806-6

MIGUEL, Luis Felipe. *Perspectivas sociais e dominação simbólica: a presença política das mulheres entre iris marion young e pierre bourdieu*. Recebido em 13 de julho de 2009. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 18, n. 36, p. 25-49, jun. 2010.

ARAÚJO, Clara. *Partidos políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das mulheres na representação política*. Rev. Sociol. Polit. Curitiba, n.24 pp.193-215. Junho 2005.

NETO, Antônio Lopes de Almeida. FORTUNATO, Caio Emanuel Brasil. CARDOSO, Fernando da Silva. *Mulheres e política no Brasil: trajetos e perspectivas sobre a lei de cotas de gênero*. v. 30 n. 2. 2017

REZENDE, Daniela Leandro. *Desafios à representação política de mulheres na Câmara dos Deputados*. Rev. Estud. Fem. vol.25 no.3 Florianópolis Sept./Dec. 2017

ANDRADE, Glaci do Carmo Bren de. *A baixa representação política das mulheres e as cotas para parlamentares*. Universidade de Brasília Instituto de Ciência Política III. Brasília - DF, 2008.

SCAPINI, Gabriela Luiz. RITA, Mayara Bacelar. RIBEIRO, Maria Florencia Guarche. *Dinâmicas do feminismo contemporâneo: análise da formação da #partida (2015-2017)*. Estudos de Sociologia, Recife, 2017, Vol. 2 n. 23.

MATOS, Marlise. *Democracia, sistema político brasileiro e a exclusão das mulheres: a urgência em se aprofundar estratégias de descolonização e despatriarcalização do Estado*. In: observatório Brasil da Igualdade de Gênero, Brasília, v. 7, n. 7, p. 24-37, dez. 2015.

SANTOS, Janine Mello Dos Santos. *Gênero, representações e Instituições*. Instituto de Ciência Política. Brasília, 2007.

PINTO, Celi Regina J. SILVEIRA, Augusta. *Mulheres com carreiras políticas longevas no legislativo brasileiro (1950-2014)*. Opin. Pública vol.24 no.1 Campinas jan./abr. 2018

AFLALO, Hannah Maruci. *Basta votar? A luta pelo voto feminino e o controle sobre a participação política das mulheres no Brasil*. Estudos de Sociologia, Recife, 2017, Vol. 2 n. 23.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Tramitação de projetos. Consulta a proposições em tramitação ou apreciadas pela ALMG a partir de 1959. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/> acesso em: 02 ago. de 2019.

POLIMULTIPARENTALIDADE: Um encontro possível em famílias recompostas

Leonora Roizen Albek Oliven

*Universidade Veiga de Almeida e IBMEC, doutora em direito e mestre em psicanálise, docente no Curso de Direito, Rio de Janeiro, Brasil,
leonora.oliven@gmail.com*

Flávia Monteiro Carvalho Barbosa

*Pós-graduanda em Direito das Famílias e das Sucessões na PUC, Rio de Janeiro, Brasil,
monteiroflavia3@gmail.com*

RESUMO

O pesquisa analisa o conceito de socioafetividade e o impacto dele nas relações jurídicas materno-paterno-filiais, e considera a sua realização ainda que inexistente os vínculos biológicos ou civis-registrais. A relação filial será caracterizada a partir da convivência, do afeto e responsabilidade entre pais e filhos, com força suficiente a considerar a possibilidade de incluir um novo ator no projeto de filiação. A multiparentalidades admite a atuação simultânea de mais de um pai ou mãe, reflexo do rompimento do modelo binário e tradicional da família brasileira, ampliando o conceito jurídico de parentalidade. A perspectiva, acolhida no Brasil no Supremo Tribunal Federal, ensejou a organização e desjudicialização pelo Conselho Nacional de Justiça para a bi-multiparentalidade. O trabalho expande para propor a polimultiparentalidade, com maior pluralidade nas linhas familiares. A revisão bibliográfica e integrativa apoiam a narrativa, e a historiografia e análise de documentos normativos são métodos utilizados na organização do conteúdo.

Palavras-chave: polimultiparentalidade; afeto; famílias plurais; registro civil.

INTRODUÇÃO

Em setembro de 2016 o Supremo Tribunal Federal (STF), analisando o tema de Repercussão Geral 622 advinda do Recurso Extraordinário 898.060, decidiu que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. O Tribunal reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva como um fato jurídico e

a possibilidade de haver a multiparentalidade biológica e socioafetiva simultâneas, e conseqüentemente todos os efeitos jurídicos daí decorrentes.

O reconhecimento da socioafetividade como categoria jurídica é importante pela integralidade do estatuto de filiação, em especial sem que seja necessária a judicialização das famílias. O diálogo e a inclusão ética desses novos atores de forma consensual permitem não potencializar os litígios. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do provimento nº 63/2017, aprimorado pelo provimento nº 83/2019, dispôs sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no registro Civil de Pessoas Naturais, respondendo em parte à demanda de recomposições familiares.

A pesquisa parte da decisão do STF para apreciar os afetos e a responsabilidade como estruturantes da multiparentalidade e as soluções que as instituições públicas oferecem a questões complexas e caras para a sociedade. Decorrentes de premissas ético-jurídicas, elas impactam nas novas famílias e considera a autonomia familiar, valorizando a capacidade emancipatória do sujeito, o que permite supor possível e adequado a multiparentalidade em ambos os polos, até mesmo com mais de dois pais ou mães de forma concomitante, sendo plúrima a multiparentalidade em ambas as linhas.

A hipótese buscará respostas e argumentos a partir dos institutos da filiação e da parentalidade e considera as famílias reconfiguradas e plurais, e o afeto como valor jurídico. O cotejo da literatura jurídica com as decisões judiciais, analisadas em abordagem qualitativa, e com a apreciação do exercício das funções materna e paterna no diálogo com o direito.

A pesquisa considera o enredamento no sistema de filiação em famílias plurais, o que a torna fundamental para aprofundar os conceitos de socioafetividade e multiparentalidade, e propor a polimultiparentalidade, ampliando a ideia de linhas familiares. O enfoque é descritivo e analisa o percurso histórico, social e prático da multiparentalidade nas famílias hetero e homoafetivos, e busca dissociar a função materna, continente, da paterna, instituidora da lei, da identidade de gênero e da orientação sexual, afastando o modelo nuclear heteronormativo.

1. O ESTATUTO FILIAL

A filiação é um instituto multidisciplinar, jurídico e social. Ele reflete a relação parental-filial e na investigação jurídica integra a pessoa em uma família. Se biológico e/ou civil, ou ainda socioafetivo, com ou sem o registro da situação de fato, a categoria legal confere o estado filial, confirma socialmente o sujeito, faz as primeiras identificações. O estado de filho

implicará em um nome, individualizando a pessoa nesse primeiro ambiente relacional, e o parentesco. Com eles, a consolidação de direitos civis pessoais, patrimoniais e assistenciais, sendo, portanto, um direito fundamental.

Ao consolidar a “relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é titular de autoridade parental e a outra a esta se vincula pela origem biológica ou socioafetiva” (Lôbo, 2017, p. 211), atribui deveres decorrentes do poder familiar. Eles devem ser exercidos por toda a comunidade parental conjuntamente, sendo dever-função dos pais em cuidar, educar, acolher e sustentar os filhos.

Para além da lei civil, a filiação introduz o sujeito em uma ordem pessoal e familiar. Estabelece os primeiros vínculos, e eles terão repercussões plúrimas, sendo capaz de gerar um estado de pertencimento a um determinado grupo. É agente de inscrição e de identidades com os pais e parentes nas mais diferentes organizações familiares. Definir a si mesmo e o espaço ocupado naquele ambiente implica em diferentes narrativas e em conhecer as representações sobre os sistemas familiares e de parentesco.

Organizados, há simbolismos nos papéis desempenhados pelos atores sociais. As funções materna e paterna têm atribuições e ora são contíguas e acolhedoras, ora reprimem, interditando desejos, delimitando os espaços. Elas instituem as normas que formarão o pequeno sujeito, que transita em diálogos que o inscrevem, ou não, na família. A importância do estatuto de filiação está na conexão filial não apenas genética, mas histórica e cultural, dialogando o direito também com a nova ordem social.

Esses fatores exigiram novo tratamento jurídico aos filhos para que não mais houvesse diferenças nos direitos filiais, como à época do Código Civil de 1916. Ele considerava como filhos legítimos os havidos pelo casal na constância da sociedade conjugal, formada tão somente pelo casamento civil. A regra criou uma legião de pessoas à margem do direito, os filhos ilegítimos, alguns passando pelo crivo da legitimação tardia do posterior casamento de seus pais, outros sem a possibilidade de registro em decorrência do estado civil de casado de um ou de ambos os genitores, outros chamados de filhos naturais. O período foi marcado pelo *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, que consolidava a presunção de paternidade do marido e apenas ele poderia questionar a qualidade atribuída.

Submetidos ao pátrio poder, os filhos se reportavam aos pais de forma direta e imediata. Eles eram os detentores dos poderes inerentes às decisões, vidas e patrimônios filiais. A voz dos filhos era a voz paterna e havia paradoxos nessa relação. Se de um lado o pai tinha o dever de sustento e as suas resoluções eram verdades quase absolutas, havia a presença da mãe como a educadora dos filhos, ainda que sem os mesmos poderes jurídicos, naturalizando a posição de vantagem do pater como cabeça de família

e do casal. Era uma resposta do patriarcado à sua condição de provedor econômico, preenchendo vazios com a autoridade exercida sobre a mulher e a prole.

A Constituição Federal de 1988, proibindo designações discriminatórias, e posteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente, vão corrigir, ainda que parcialmente, algumas distorções. O princípio da igualdade jurídica entre os filhos delineará as novas premissas filiais, impondo idênticos direitos a todos os filhos, independentemente de sua origem. Ao instituir um único estatuto, ele impede o uso de qualquer tipo de expressões para a indicação da ascendência na filiação, afastando as distinções e deixando de punir os filhos pelas condutas dos pais, considerando que “a supressão ou limitação dos direitos dos havidos fora do casamento legitimavam a irresponsabilidade” (Lôbo, 2017, p.66).

Há investimento na proteção integral da criança e do adolescente, reconhecendo que são pessoas em desenvolvimento e que ainda não integralizaram a cognição e o amadurecimento. Exatamente por essas condições e vulnerabilidade, há um sistema de proteção diferenciada, de forma que “as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto” (PEREIRA, 2000, p.4).

Na codificação de 2002, além do vínculo consanguíneo, outras possibilidades civis acomodam a filiação registral que não apenas a advinda da adoção. As técnicas de reproduções assistidas, inclusive post mortem, revelam outras formas de parentesco civil e abrem espaços para outros arranjos. A norma é de inclusão e oportuniza o parentesco não biológico e sócioafetivo, “não atribui a primazia à origem biológica; a paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade” (LÔBO, 2017, p. 29).

A Resolução nº 52 de 2016 do CNJ, organizando o registro civil de filhos nascidos por reprodução assistida de casais heteroafetivos e homoafetivos sem a necessidade de intervenção judicial revela valores éticos para a atribuição do nome e do estatuto filial. Ela demonstra respeito às famílias homoafetivas e dá resultado prático às decisões do Supremo Tribunal Federal no que se refere às famílias plurais no julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4277/DF, e a Resolução nº 175/2013, tratando do casamento direito dos casais do mesmo sexo.

A inseminação heteróloga, com gametas alheios ao par parental, provoca digressões também sobre a possibilidade de uma investigação para o conhecimento de ascendência genética sem que ela gere o vínculo jurídico da paternidade. O direito à identidade genética é resposta da garantia “à dignidade humana, uma vez que o ponto de partida para o livre-desenvolvimento da personalidade de uma pessoa passa pelo conhecimento

de sua ascendência” (MADALENO, 2019, p. 166). É a busca de um conhecer-se íntimo, um desejo de identidade, ainda que genética e sem respostas jurídicas.

No caso, não haverá o reconhecimento do parentesco civil, ele nunca existiu (GAMA, 2003). O não-vínculo garante não apenas a continuidade da doação de gametas, pois a configuração de vínculo jurídico no caso eventualmente dificultaria ou demoveria os doadores em fazê-lo, mas também a identificação de um eventual doador de órgãos e tecidos, se necessário. Se de um lado permite conhecer a história biológica, de outro revela um novo lugar para a carga hereditária e a (des)importância da (des)biologização para os afetos.

A pauta debate as relações entre pais e filhos e as suas responsabilidades como suporte não apenas ao desenvolvimento infantil saudável, mas também para uma sociedade sem preconceito e sem diferenciações familiares. Tem múltipla função. A paternidade é responsável e havendo elementos que evidenciem as conexões filiais fundadas nas relações sociais, há consequências jurídicas e pessoais, desenvolvendo a personalidade humana, com ou sem a formalidade registral.

2. PARENTALIDADE, MULTIPARENTALIDADE E POLIMULTIPARENTALIDADE

Ao lado do estatuto filial está o estatuto parental. Ele dará suporte e condições de desenvolvimento ao pequeno sujeito nas melhores condições possíveis àquele ambiente. A parentalidade é responsável e ela não exime pais e mães dos cuidados pessoais e jurídicos que lhes são atribuídos pela condição parental e investe na criança e no adolescente, com absoluta prioridade, todos os cuidados da convivência familiar saudável, garantindo a sua condição de sujeito de direitos.

A parentalidade não necessariamente encerra a conjugalidade e identificar os conceitos, ou ao menos os deveres deles decorrentes, se faz necessário para compreender os diferentes espectros da filiação biológica, registral e socioafetiva.

O casamento e reprodução estão socialmente conectados de tal forma que o nome de família e o patrimônio são consequências dele e supostamente capazes de assegurar o recato e a fidelidade feminina, estabelecidas pelo homem para garantir a sua descendência, fixando a monogamia como forma de opressão de classes, senão a primeira, da mulher pelo homem (ENGELS, 1884[2018]). Elas afirmam a paternidade e a sucessão legítima, transferindo-lhes o nome de família e conferindo preferência à classe dos descendentes, primeiros vocacionados na ordem da vocação hereditária.

A honra do marido seria merecedora desses cuidados como forma de dupla legitimação filial, dando certeza à paternidade, ao nome, ao destino do patrimônio.

Em movimentos de longa duração, as famílias foram se estruturando em outras configurações. A família é espaço de desenvolvimento pessoal, é “igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade”. (CHAVES e ROSENVALD, 2017, p.40).

Deixando a formalidade matrimonial como um modelo possível de ser escolhido, mas não necessariamente observado. A informalidade é admitida para configurar o estado de convivência e estabelecer direitos hereditários, patrimoniais, de nome e assistenciais aos companheiros em união estável. As famílias paralelas, considerando a simultaneidade na vivência com mais de um parceiro, são fáticas, ainda que transgridam a monogamia e a fidelidade. O direito resiste a atribuir direitos a essa modalidade, a aceita apenas se travestida de uma suposta boa-fé do ignorante. O divórcio, e o longo percurso para a sua instituição no Brasil em 1977, oportunizou as famílias mosaicas, ensambladas, admitindo os novos agentes como integrantes do núcleo contemporâneo. Os ambientes de convivência reconhecem o valor do afeto nas famílias e marca vínculos filiais não biológicos, pois nem sempre os adultos da família recomposta são consanguíneos ou civis.

Os casais podem ser homo ou heterossexuais, sem que a análise da sexualidade seja um fator determinante para a consecução de direitos familiares. A vida privada de cada casal é tema de conjugalidade, com direitos das famílias vinculados, sem que necessariamente haja filhos comuns ou de apenas um dos companheiros. Os casais podem se separar e divorciar, conviver ou não em um mesmo lar, modificar os seus nomes e os seus afetos. As escolhas afetivas são pessoais e há liberdade para fazê-las.

A parentalidade está na relação de pais e mães com os filhos. Se advindas do casamento, das uniões estáveis ou de qualquer modalidade suposta e possível, ou ainda de um intercuro ocasional, a vinculação é insofismável. Pode também encontrar espaço na monoparentalidade, que reconhece como unidade familiar aquela formada por um dos pais e os filhos, encarada de frente e acomodada no ordenamento jurídico. Nesses casos, não há ex-pai ou ex-mãe. O vínculo, via de regra, é indissolúvel e intransferível, e a não conjugalidade não seria fator de impacto na parentalidade responsável.

Essas reconfigurações são capazes de oportunizar às parentalidades o fenômeno da socioafetividade e são consideradas famílias socioafetivas aquelas em que as pessoas não têm necessariamente vínculos consanguí-

neos ou civis, mas relacionais e de responsabilidade parental com os filhos, ainda que não biológicos. A proximidade, o interesse e os cuidados são os elementos de consecução do organismo.

O afeto, agora elevado a valor jurídico, é a baliza de medida do estado filial, decorrente de união familiar e ensejando direitos recíprocos entre pais e filhos (CASSETARI, 2015, p.28). O relacionamento é o estado de fato e ele constituirá a paternidade revelada nas responsabilidades, representação das funções e das identidades. Construída na realidade das relações sociais, a condição de pai-mãe-filho tem repercussões jurídicas.

A família é um organismo vivo que se compõe e decompõe em muitas possibilidades, sendo inclusive possível a sua estruturação em modelos outros que não apenas o mononuclear. Os romances e dramas familiares vão sendo vividos e contados por pessoas, e elas se relacionam entre si, e até mesmo se cuidam e estimulam independentemente de relações jurídicas civis prévias. O contato íntimo e cuidadoso é capaz de criar vínculos pessoais e amorosos suficientes a transcender o biológico, caracterizando a parentalidade – e a filiação – socioafetiva.

Comparar a filiação afetiva com a biológica, ou se ela seria mais ou menos importante do que a registral, desconsideraria todo o processo identitário do sujeito e o estabelecimento das ligações afetivas e dos laços sociais. Ele se dá em face daqueles que desempenham as funções parentais, independentemente de sexo, gênero, ligação biológica ou até mesmo civil.

Exatamente a partir dessa premissa é possível erguer e estruturar a ideia da multiparentalidade, com dupla vinculação materna e/ou paterna de forma concomitante, sem a exclusão do pai-mãe. Reconhecendo o afeto como fundante das famílias, propõe-se a inclusão desse genitor afetivo sem a exclusão do biológico ou registral, exceto em adoção, em ambientes prejudiciais ou com tratamento degradante aos filhos, havendo a necessidade de destituição do poder familiar para garantir a dignidade filial.

O duplo parentesco por linhas pode advir de famílias recompostas, com o ingresso de novos membros, dando origem à filiação multiparental ou pluriparental, presente na sociedade brasileira e que passou a exigir uma resposta jurídica. A concomitância de relações entre pais e mães biológicas e registrais com os sociais, com ou sem registro civil, é consolidada no direito brasileiro com o tema 622, de repercussão geral, decidido pelo Supremo tribunal Federal em 2016. A decisão consolida a tese de duplo vínculo, reafirmando a teoria da pluriparentalidade, na qual “a existência de um vínculo de filiação socioafetivo não poderia eliminar a possibilidade de concomitante filiação biológica.” (FARIAS e ROSENVALD, 2017, p.617).

Ela romperá com a dualidade parental e encara o vínculo familiar advindo do afeto com mais de dois genitores suficiente a garantir aos filhos a expansão de sentimentos e de direitos filiais. Manter os afetos decorrentes de origem biológica, registral ou afetiva, sem distinção ou gradação de preferência, mostra a posse de estado de filho consolidada pela convivência, consolidando, seguindo a decisão do STF, o exercício das dignidades e a busca da felicidade.

Para efetivar a expansão das entidades familiares, desjudicializando os direitos das famílias e retirando da avaliação do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça organizou o reconhecimento do vínculo da multiparentalidade diretamente em cartório. O provimento nº 63/2017, posteriormente modificado pelo provimento nº 83/2019, possibilitam o procedimento extrajudicial.

O primeiro provimento operou com a concordância expressa dos pais com a nova parentalidade socioafetiva, sendo os filhos menores de idade, e com a limitação de até dois pais/mães em cada polo. A crítica que se faz ao provimento refere-se a possibilidade de registro civil da paternidade de criança de qualquer idade, o que poderia eventualmente causar desvios no uso da multiparentalidade e transmuda-la em adoções não autorizadas ou em captação de filhos, e a liberalidade do notário no registro.

Foram necessários reparos, mudanças na direção dos registros, formalizados pelo segundo provimento em 2019. Ele alterou para a idade mínima de 12 anos para o registro extrajudicial, permitida apenas aos adolescentes. A criança terá a sua filiação socioafetiva detalhadamente analisada pelo Juízo e pelo Ministério Público, reduzindo a possibilidade de fraudes registrais. Ao exemplificar as hipóteses e formas de investigar a socioafetividade, ele oferece um norte de critérios ao notário, que sempre dependerá do parecer do Ministério Público para proceder ao registro. São elementos de demonstração a posse de estado de filho, a relação de afeto e de responsabilidade verdadeiramente constituída. Caso não seja possível cumprir esses requisitos, a via judicial será necessária para a declaração do vínculo familiar.

Alguns vetores podem ser observados no reconhecimento da posse do estado de filho, como: a) tractus, o tratamento que se dá ao filho, que é criado, educado e apresentado nesse papel; b) o nomen, ou nominativo, a exteriorização do nome de família, elemento dispensável, mas que atua em favor, se existente; c) a reputatio, reputação no meio social da condição filial (CASSETARI, 2015, pg.63). São elementos que facilitam a prova para a caracterização que antecede o registro civil.

O tempo de convivência é um elemento subjetivo a ser enfrentando de acordo com a razoabilidade em cada caso em concreto para que não se

transmude em paternidade o interesse conjugal. É necessário tempo, e as condições são individuais e até mesmo proporcionais às idades dos filhos, para desenvolver e consolidar a relação. Os vínculos familiares não têm regras esécias em qualquer espécie de família.

O reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade dispensa a atividade judiciária, mas desde que trate apenas de até dois pais ou duas mães. Caso a família tenha uma composição diversa da restringida pelo provimento, também será necessário o manuseio da atividade que se pretendia evitar. A economia processual, a agilidade nos serviços, a integralização das dignidades ficam limitadas a um único desenho de família, verdadeiro paradoxo, e até mesmo contraditório, ao princípio do pluralismo familiar. Ele atua de forma conjunta com o princípio da afetividade na realização dos novos arranjos familiares, com a garantia à liberdade e dignidade da pessoa humana e função instrumental para melhor dos interesses existenciais e afetivos de seus componentes. A restrição a polimultiparentalidade nas mais diversas possibilidades, com duas mães e dois pais, ou ainda três mães ou três pais, recua não apenas em direitos sociais, o que encontra vedação no princípio ao retrocesso social, mas em todo o processo de reconhecimento e de avanços histórico, jurídico e social das famílias.

CONCLUSÃO

O sujeito de direito está em permanente (des)construção, pois ele se estrutura a partir de identidades, e elas são feitas ao longo da vida. Na infância, as identificações são feitas com as pessoas que desempenham as funções materna e paterna, independentemente de aspectos biológicos, de sexualidade, do gênero ou de qualquer inscrição na ordem civil. O registro é simbólico, feito especialmente na infância, e a representação de aspectos vinculam pais, mães e filhos de tal forma que estrutura a sua personalidade.

As relações com os filhos e os laços sociais expressam a força da relação e quão suficiente ela é para atribuir todos os direitos filiais. Não se nega ao filho socioafetivo, declarado ou não em registro público, o vínculo de filiação. A importância é social e jurídica, é direito da própria origem, da personalidade. No caso, o vínculo é relacional, independe de registro ou de formalização, é situação de fato.

Em um primeiro momento, foi necessária a ação judicial para conhecer a socioafetividade. A comprovação de sua existência permitir destituir o genitor biológico ou registral do poder familiar, se houvesse, para proceder ao registro civil do socioafetivo. Exigia-se a demonstração de que o relacionamento afetivo era superior ao biológico, ou que o biológico não

era forte ou relevante o suficiente para a manutenção do vínculo civil, substituindo um pelo outro, no singular.

Um relacionamento materno-paterno-filial, ainda que conturbado, desde que não seja pernicioso ao filho, integra a sua formação. A supressão da filiação por decisão judicial em casos em que não há riscos à integridade biopsíquica dos filhos pode se tornar prejudicial e suficiente a uma crise identitária, ou ainda a potencializar sentimentos de abandono. A percepção de que é possível a convivência com a multiparentalidade oportuniza ampliar os afetos e as responsabilidades parentais, proporcionando ambientes de desenvolvimento da personalidade.

Nessa perspectiva se desenvolveu a tese da multiparentalidade, reconhecendo que os vínculos familiares não se sobrepõem uns aos outros. Eles não precisam ser excludentes. A convivência concomitante com os aspectos que compõem a personalidade, biológica, registral e afetiva, parece um ponto ideal de realização dos direitos da personalidade.

Outro ponto de importância adveio da possibilidade de realizar o procedimento diretamente no cartório de registro civil, retirando do judiciário um poder que é das partes, de autonomia não apenas da vontade, mas relacional. É uma forma de emancipar as famílias, cometendo a responsabilidade de sua (re)configurações para elas mesmas.

Ainda assim, o estado limitou a possibilidade relacionais. Ao delimitar que só poderá haver a inserção de um único pai ou mãe, limita as linhas em um par por linha, refugindo às pluralidades familiares, como no caso de uma família homossexual que inclua em seus afetos e responsabilidades uma terceira pessoa do mesmo sexo nessa relação familiar. Também se afasta das conquistas libertárias, saindo da dialética familiar contemporânea com a restrição para paradoxalmente limitar a mesma multiparentalidades. De um lado a reconhece, de outro lado a limita, contradizendo a teoria desenvolvida.

A família é plural e admite desenhos ímpares. Ao romper com o modelo de parentalidade binária e mononuclear, incluiu a socioafetividade e superou a controvérsia sobre a preferência de vínculos socioafetivos ou biológicos, tônica dessa categoria de parentalidade. O tema, enfrentado de forma dúplice ao considerar os aspectos objetivo, referenciados às responsabilidades parentais, e subjetivos, adotando o registro civil extrajudicial considerando os sentimentos, revelam o fato nomeado de exercício parental como suficiente e gerador de filiação. Ela é ilimitada. Seja pela força que carrega, pelas responsabilidades inerentes ao poder familiar ou pelos direitos civis que a partir daí irradiam.

Acreditando que elas possam se desenvolver com mais de dois pais ou mães, dependendo da carga afetiva e emocional das relações parentais, não parece haver justificativa a limitar a parentalidade conjunta, propondo-se a polimultiparentalidade como uma das formas de exercício dos afetos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 3071, de 1ª de janeiro de 1916. Código Civil.
- BRASIL. Constituição (1988) Constituição Federal da República Federativa do Brasil. De 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, v. 134, n. 248, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.
- BRASIL. Provimento nº 52 do CNJ de 14 de março de 2016.
- BRASIL. Resolução Nº 175 de 14/05/2013 do Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.
- BODIN de MORAES, Maria Celina. *A família democrática*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1314, p. 47-70, 2005.
- CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.
- CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, Salvador: Jus Podium, 2017.
- DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo: RT, 6ª ed., 2018.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da Família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução Leandro Konder. 3 ed. Rio de Janeiro: Edições Best Bolso, 2018.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil, volume 6*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PEREIRA, Tania da Silva. *O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática*. Revista Brasileira de Direito de Família, n.6. Porto Alegre: 2000.

POPULAÇÃO INDÍGENA:

A (in)efetividade da Constituição Federal de 1988 na tutela dos sujeitos de direito

Ronaldo Joaquim Lobão

*Doutorado em Antropologia pela Universidade de Brasília, Brasil (2006). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN) da Universidade Federal Fluminense (UFF); professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense (UFF).
ronaldolobao@yahoo.com.br*

Renata Vieira Meda

*Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN) da Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp - Rede de Ensino LFG (2011). Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR (2006). Advogada. Professora universitária pela Universidade Veiga de Almeida – UVA.
renatameda@hotmail.com*

RESUMO

Em decorrência dos efeitos das relações interétnicas, as populações indígenas sofreram mudanças em sua cultura, modo de vida e costumes, provocadas pela interferência do Estado contemporâneo. As novas relações de consumo indígena, seus novos hábitos e vontades não o permitem voltar à condição a qual tinha no passado, inserindo-se no mercado de trabalho em busca da satisfação de suas novas aceções. Esta inserção representa novos desafios para salvaguardar nestas relações empregatícias, a cultura indígena. Para a sua preservação faz-se necessário órgão tutor, a fim de evitar a discriminação e o aviltamento de direitos trabalhista nestas relações interétnicas.

Palavras- chave: Políticas de integração. Populações indígenas. Contrato de trabalho.

INTRODUÇÃO

Após a promulgação da CF/1988 alterou-se a perspectiva integracionista que vigorava até então, reconhecendo-se o direito à alteridade, qual

seja, o direito de autonomia dos povos indígenas, com o reconhecimento de suas diferenças étnicas, culturais, e históricas.

As transformações presenciadas por esses povos, em razão dos desdobramentos das forças políticas de integração, somado à omissão do Estado na proteção e demarcação das terras afetaram consideravelmente a relação de trabalho, nas aldeias, na produção de bens de consumo e sustento que ficaram comprometidos, forçando a saída do seu habitat natural em busca de trabalho assalariado para garantir a sobrevivência.

Ocorre que, a integração do indígena estabelece que deverá receber o mesmo tratamento dos demais obreiros no mercado de trabalho formal, sem respeito as suas especificidades culturais, implicando no aviltamento dos seus direitos trabalhistas e à discriminação.

O presente estudo analisou as decisões judiciais referente à trabalhador indígena que ajuizou reclamação trabalhista em face da empresa na qual laborava, alegando não ter conhecimento do ato praticado, que assinou o pedido de demissão, bem como requerendo as correspondentes verbas trabalhistas rescisórias.

O objetivo deste trabalho se perfaz em investigar o posicionamento de órgãos estatais, quais sejam: FUNAI, MPT, MPF, na fiscalização das condições de trabalho celebrados com indígenas, em especial na contratação e rescisão do contrato.

A pesquisa ora apresentada foi fundamentada em normas constitucionais e internacionais, doutrina, estudo de caso, no intuito de estruturar a pesquisa em bases sólidas e adequadas à importância do assunto tratado.

A metodologia empregada para o seu desenvolvimento será histórica, dedutiva e estudo de caso, partindo-se de conceitos já preestabelecidos e estruturados, passando por estudos de casos, nos quais se pretendeu estudar para se chegar à posição da inefetividade dos órgãos estatais na fiscalização dos contratos de trabalho indígenas.

1. A TUTELA INDÍGENA

O Estatuto do Índio foi instituído pela Lei n. 6.001/73 para regulamentar a situação jurídica dos indígenas, para a preservação de seus usos, costumes e tradições característicos da cultura indígena e a progressiva integração à comunhão nacional.

Identifica-se que o art. 4º da Lei em comento traz três fases para a integração os indígenas, primeiramente eles são isolados, pertencentes a um

grupo étnico e tem cultura diversa do restante da sociedade; então se tornam em vias de integração, quando ainda conservam as características nativas, mas já estão em contato com a sociedade nacional; e por fim, são considerados integrados quando estão de acordo com a comunhão nacional, ainda que mantenham resquícios de sua identidade indígena.

O Estatuto do Índio baseado nas Políticas Integracionistas tinha como propósito de preservar a cultura indígena e integrar os índios. Reconhece-se no artigo 5º § único do dispositivo que os direitos civis e políticos foram previstos de forma muito tímida, sendo somente concedidos após o propósito da Lei, qual seja, após a integração: “pois para um índio poder ter a possibilidade de proteger os direitos de sua comunidade, primeiro ele deveria fazer parte da sociedade repressora, para então observar seu povo” (SOUZA FILHO, 2013, p. 101).

O termo “integrado” decorre de políticas integracionistas com o objetivo de preservar a cultura e integrar comunidades tradicionais à comunidade nacional, sendo esta integração forçada pelos líderes de governo e pela sociedade brasileira que detinham estilo de vida ocidental-europeu, de forma a difundir a estrutura, sem consultar os grandes interessados, que ao menos tiveram poder de voto (SOUZA FILHO, 1998, p. 102).

Denominada Convenção sobre a Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais, a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho – OIT objetivou a proteção das populações indígenas contra os atos de discriminação étnico-racial no âmbito das relações trabalhistas, assumindo a perspectiva de integrá-los aos padrões sócio-culturais da comunidade nacional dos respectivos Estados.

Identifica-se as conseqüências negativas da perspectiva integracionista, conforme Lacerda (2009, p.6) sendo o futuro dos indígenas consubstanciado na “prática de dominação colonial o monopólio estatal sobre as decisões relativas a temas de interesse indígena, em substituição à possibilidade de participação dos próprios grupos étnicos”.

Ao final da década de 1980 a proteção conferida pela Convenção 107 mostrou-se ultrapassada pois não reconhecia a multiplicidade cultural indígena. No contexto, aumenta o “reconhecimento de direitos de pessoas indígenas na arena internacional, de forma que a linguagem da integração caiu definitivamente fora do reino da viabilidade no discurso das organizações”(PIÑERO, 2005, p. 258).

Em substituição à Convenção 107 da OIT, tem-se a Convenção 169 de 1989 (ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 143/2002), sendo um instrumento internacional para a defesa dos direitos dos povos tradicionais, baseado no reconhecimento da pluridade étnico-cultural. A

Convenção trata ainda dos direitos trabalhistas e das condições laborativas dos indígenas, da previdência social e da promoção da saúde e educação, como forma de garantir o acesso desses indivíduos aos direitos fundamentais de forma plena, conforme aponta Souza Filho (2013, p. 78).

Reconhece-se que a Convenção 169 da OIT encontrou-se na ordem de sintonia do cenário legislativo nacional, tendo em vista que um ano antes fora promulgada a Constituição Federal de 1988 que reconheceu a multietnicidade e a pluralidade cultural do país, assegurando aos índios o direito da diferença, isto é, de serem diferentes e tratados como tais, portanto, ganhando maior concretude com a ratificação da Convenção 169, esta como um tratado internacional de direitos humanos, inserida no bloco de constitucionalidade.

Nota-se o descompasso da CF/88 e Convenção 169 da OIT com o Estatuto do Índio, haja vista que este último traz como pauta o integracionismo, e os primeiros passaram “a garantir aos indígenas a manutenção de sua organização social, sem exigir necessariamente a migração para a sociedade predominantemente urbana” (SOUZA FILHO, 2013, p. 87).

A Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo a temática indígena, conforme previsto nos artigos 231 e 232, reconhecendo “aos índios a sua organização social, costumes, línguas, tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

A CF/88 garantiu aos indígenas a manutenção de sua organização social, enxergou-o em sua individualidade, deixando o poder decisório e suas primazias de desenvolvimento para discussão dentro de seu grupo. Neste sentido, o Estado Contemporâneo que estabelece individualismo jurídico (ficção de empresas e estado serem pessoas) “estendeu-se para os povos indígenas, assim um direito originalmente coletivo foi transformado em individual” (SOUZA FILHO, 2013, p. 73).

Identifica-se que o elemento da “não integração” constitui o núcleo de definição das comunidades remanescentes pela Convenção 107 OIT e Estatuto do Índio, no sentido de um critério de distinção (PIÑERO, 2005, p. 164). Neste contexto, indígena integrado à comunhão nacional e reconhecido no pleno exercício dos direitos civis, conforme reconhece a CF/88 e Convenção 169, representa a possibilidade de exceção, quando demonstra discernimento, aliado à inexistência de prejuízo em virtude de negócio jurídico praticado, considerado capaz para os atos da vida civil; todavia, não retrata adequadamente a sua atuação situação na sociedade brasileira, conforme Gagliano (2014).

2. DISSÍDIO INDIVIDUAL: EMPREGADO INDÍGENA versus EMPREGADOR

A ineficiência das políticas de assimilação e integração forçada imposta aos povos indígenas e a omissão do Estado na questão da demarcação de suas terras tornaram-nas insuficientes para a subsistência do coletivo, o que conforme Machado (2011, p.274) impulsionaram os indígenas a buscar trabalho assalariado fora das aldeias, em um ambiente adverso aos seus costumes.

A inserção dos indígenas no mercado de trabalho demonstra a necessidade de defesa de seus direitos sob duas análises: possuem os mesmos direitos sociais dos outros obreiros que não-indígenas; e precisam de um tratamento diferenciado tendo em vista a sua cultura, necessitando de medidas de preservação.

Destaca-se a necessidade de participação de órgãos estatais que atuam para a defesa dos obreiros, não bastando ter a lei sem ter uma fiscalização adequada das condições de trabalho, que seja eficaz ao respaldo previsto nos instrumentos legais, buscando preservar suas peculiaridades culturais na relação do labor, evitando-se o aviltamento de seus direitos e a existência de discriminação.

Sobre a ausência de tutela indígena nas relações trabalhistas interétnicas, tem-se a reclamação trabalhista, autos n. 0004035-45.2011.5.12.0038¹, ajuizada na 2ª Vara do Trabalho de Chapecó/ SC, proposta por Leocir Bellini em face do reclamado Bondio Alimentos S.A – objetivando a nulidade do pedido de dispensa, bem como a condenação da reclamada ao pagamento de parcelas de natureza indenizatória e remuneratória descrita na inicial.

Em sentença proferida em 28/09/2012, a Juíza Titular da Vara do Trabalho, Deisi Senna Oliveira indeferiu o pedido, por entender que ele não tinha comprovado que foi induzido a erro ao assinar a demissão:

DA REVERSÃO DO PEDIDO DE DEMISSÃO – ATO JURÍDICO PERFEITO

A parte-autora postula a reversão do pedido de demissão, alegando que, juntamente com outros colegas de trabalho, assinou documentos de cujo teor não possuía conhecimento. Requer a reversão do pedido de demissão para dispensa sem justa causa.

Sem razão a parte reclamante.

A parte-autora não demonstrou que foi induzida a erro ao formular o pedido de demissão (fl. 128), não tendo se desincumbido de seu ônus de

¹ Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. TRT 12ª Região. Disponível em: <http://www2.trt12.jus.br/sajud/scripts/sentenca/resultado.asp?j=38>. Acesso em 30/09/2019.

prova (art. 818 da CLT). A condição de indígena do reclamante, por si, não justifica o acolhimento do pedido de reversão. Salienta-se que o vício de consentimento alegado pelo autor tem que ser amplamente demonstrado, o que não ocorreu no caso em questão.

De todo o exposto, rejeita-se o pedido de reversão de demissão para despedida sem justa causa, bem como os pedidos de pagamento do aviso-prévio indenizado, indenização compensatória de 40% do FGTS e liberação de guias do seguro-desemprego.

Também indeferem-se os pedidos de pagamento de férias proporcionais acrescidas de 1/3 e natalinas proporcionais, uma vez que, reconhecido o pedido de demissão, não há que se falar em projeção do aviso-prévio, e consta no TRCT da fl. 129 e no documento da fl. 132 o pagamento de referidas parcelas. (JT Chapecó, 2ª Vara do Trabalho, Juíza Deisi Senna Oliveira, DJ: 28/09/2012).

O trabalhador, então, recorreu ao TRT da 12ª Região (RO 0004035-45.2011.5.12.0038)², que verificou que o trabalhador residia em comunidade indígena e considerou que o fato de ter cursado o ensino fundamental e mantido relação de emprego apenas indicava que estava em vias de integração, razão pela qual a rescisão contratual deveria ter contado com a chancela da Fundação Nacional do Índio- FUNAI. Assim, aponta que havendo especial interesse do Estado em preservar a identidade cultural e social da Reclamante, este deve estender-se ao mundo do trabalho, salientando que: “O parecer do Ministério Público do Trabalho oferecido em 1ª Instância consignou que, diante da ausência de assistência do órgão tutelar do trabalhador indígena, nulo é o ato jurídico”.

Neste sentido, a Desembargadora Redatora do Ministério Público do Trabalho da 12ª Região, Viviane Colucci, em 10/07/2013, deu provimento ao recurso para declarar a nulidade da resolução contratual, convertendo-a em rescisão por iniciativa da ré, ocorrida em 02-02-2010 – data informada na inicial como pedido de demissão, tendo em vista que tratando-se de indígenas em vias de integração era necessária a assistência por órgão competente para que fosse válida a homologação da resolução contratual, o que não foi observado no caso dos autos.

A Presidente do TRT da 12ª Região denegou seguimento ao Recurso de Revista interposto pela Reclamada que insistiu na admissibilidade da revista, interpondo agravo de instrumento.

A Relatora Dora Maria da Costa, da 8ª Turma do Superior Tribunal do Trabalho, em síntese, conheceu do agravo de instrumento, dando provi-

² Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. TRT 12ª Região. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&tipo=PDF&pidDoc=256699>>. Acesso em 30/09/2019.

mento ao Recurso de Revista (TST-RR-4035-45.2011.5.12.0038), em 24/02/2014, para excluir a condenação as horas objeto de compensação por meio de banco de horas.

No entanto, a Relatora não conheceu o recurso de revista em relação aos demais temas, como “concluiu não haver elementos que indiquem o conhecimento pelo reclamante do ato praticado e de suas consequências, bem como que o reclamante é indígena em vias de integração, razão pela qual a rescisão contratual deveria ter contado com a chancela da FUNAI” (TST, 2014)³.

Reconhece-se a relação que a falta de fiscalização na contratação e rescisão dos obreiros indígenas pode acarretar, como a ocorrência de discriminação e a violação dos direitos trabalhistas.

As decisões judiciais apresentadas referentes ao trabalhador indígena Leocir Bellini são emblemáticas a este trabalho por tratar-se primeiramente, a decisão de 1ª instância na qual enquadrou o indígena com capacidade plena para os atos da vida civil, entendendo dispensável a tutela. As decisões de 2ª e 3ª instâncias consagram a necessidade de tutela especial pelo órgão competente ao que tange o contrato de trabalho indígena; ocasião na qual se demonstra em descompasso com a CF/88 e Convenção 169 da OIT que romperam com a política integracionista.

O resultado das normas estatais e internacionais que estabelecem as políticas integracionistas ficam à deriva do fracasso na atualidade, é o que demonstra a judicialização das relações interétnicas entre empregadores e trabalhadores indígenas em locais de vivência indígena ou não indígena; bem como entre empregadores e trabalhadores não indígenas em locais de vivência indígena.

3. CONTRATO DE TRABALHO INDÍGENA

Identifica-se que o constituinte rompeu com a visão integracionista ao transformar o indígena em civilizado, aculturando-os, assegurando o direito de os índios serem e permanecerem diferentes, integrando-o à sociedade, passando a desrespeitar os seus direitos originários.

Partindo da permissão do cumprimento de objetivos das políticas integracionistas previstas dentre normatizações que buscavam integrar o índio à sociedade, Souza Filho aponta que:

³Tribunal Superior do Trabalho - TST. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/pedido-demissao-indigena-chancela-funai.pdf>>. Acesso em: 30/09/2019.

O Estatuto do Índio, portanto, é um retrocesso do ponto de vista teórico em relação à tutela, porque recria a ideia da emancipação e a possibilidade de devolução das terras indígenas ao Estado, justamente por seus titulares perderem a qualidade de índios” (1998, p.103).

Não se enquadra no rompimento da política integracionista pretendida pela CF/88, o indígena isolado ou em vias de integração, conforme previsto pelo Estatuto do Índio. Isto porque, verifica-se que conforme o art. 4º parágrafo único do Código Civil de 2002, ao tratar sobre a capacidade dos indígenas o remeteu para a lei especial o seu disciplinamento, mediante regime de tutela para suprir a incapacidade relativa, estando apto a deixar esta condição quando inseridos na cultura nacional, adaptando-se aos hábitos e costumes não indígenas aliado à inexistência de prejuízo em virtude de ato praticado, e assim considerado capaz para os atos da vida civil.

Reconhece-se o aparato que objetiva a segurança jurídica à comunhão nacional, bem como diante da política integracionista pretendida, o aparato especial que objetiva a segurança jurídica aos indígenas, logo garantindo-lhes a estes últimos os direitos trabalhistas oriundos de contrato de trabalho.

O campo laboral foi aprovado por força do Decreto 5.051, de 19/04/04, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT que passa a integrar o bloco de constitucionalidade, na medida em que trata dos direitos fundamentais dos povos indígenas (art. 5º, §§ 1º e 3º da Carta de 1988, na redação da Emenda 45).

Nos termos do artigo 20 da mencionada normativa internacional tem-se o dever dos Estados adotarem medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a povos indígenas e tribais uma proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego, na medida em que não estejam protegidos eficazmente pela legislação aplicáveis aos trabalhadores em geral, de forma a evitar a discriminação entre trabalhadores indígenas e trabalhadores não indígenas, especialmente quanto ao (i) acesso ao emprego; (ii) remuneração igual por trabalho de igual valor; (iii) assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho todos os benefícios da seguridade social e demais benefícios derivados do emprego, bem como a habitação; iv) direito de associação, direito a se dedicar livremente a todas as atividades sindicais para fins lícitos, e direito a celebrar convênios coletivos com empregadores ou com organizações patronais.

As medidas adotadas deverão garantir dentre outras, especialmente o gozo da “proteção conferida pela legislação e a prática nacionais a outros trabalhadores dessas categoriais nos mesmos setores, e sejam plenamente informados dos seus direitos de acordo com a legislação trabalhista e dos recursos de que dispõem” (art. 20, item 3.a).

Reconhece-se a garantia da norma internacional com status de constitucional no que tange à proteção laboral garantida aos trabalhadores indígenas assegurada aos demais trabalhadores, devendo ser reconhecido o vínculo trabalhista quando presentes os requisitos da relação de emprego, e assegurado a esse trabalhador todos os direitos laborais previstos na legislação trabalhista.

No plano da contratação de trabalhador indígena Lima Filho (2008) salienta que deverá ser respeitado alguns requisitos previstos na Lei 6.0001/73 dada a condição de tutelado do indígena, que deverá ser assistido pelo órgão tutor, bem como ter preservado “seus direitos, organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” (art. 231 da CF/88). Isto porque, o art. 14 do Estatuto do Índio estabelece a não discriminação do trabalhador indígena em relação aos não indígenas:

Não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social.

Parágrafo único. É permitida a adaptação de condições de trabalho aos usos e costumes da comunidade a que pertencer o índio.

Ademais, o artigo 8º do Estatuto pressupõe a assistência de órgão tutor na pactuação de mão-de-obra indígena, sendo “nulos os atos praticados entre índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente”.

Os indígenas não integrados são considerados os que estão isolados ou em vias de integração, conforme art. 4º do Estatuto do Índio. Neste raciocínio de classificação indígena, a própria lei mencionada estabelece a assistência do órgão tutor não se fará necessária quando o trabalhador indígena revelar “consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão de seus efeitos” (§ único do art. 8º).

Partindo-se da premissa de previsão de direito fundamental ao trabalho do indígena tem-se que “a regra geral é de que para validade do contrato de trabalho celebrado com indígena a assistência do órgão tutor ainda se faz necessária como uma das formas de protegê-lo de eventual exploração” (Lima Filho, 2008, p. 186). A tutela somente será dispensável, se o trabalhador indígena integrado revelar consciência de seu ato e de suas consequências, e desde que não represente prejuízos. Lima Filho (2008) justifica ao apontar que o Código Civil ao prever a capacidade relativa indígena os remete para tutela de legislação especial.

A proteção para a contratação dos trabalhadores indígenas encontra-se prevista no artigo 16 da Lei 6.001/73, que dependerão de prévia aprova-

ção do órgão de proteção ao índio; sendo nulos os atos praticados nas relações interétnicas que possam prejudicar o trabalhador, quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente (art. 8º).

Nas relações interétnicas pactuadas entre empregadores não indígenas e empregados indígenas, “deverão ser assegurados ao trabalhador indígena, ainda quando nula a contratação, todos os direitos dela oriundos como se fosse válida, inclusive as eventuais parcelas resilitórias” (Lima Filho, 2008, p. 188). Isto porque, o artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, estabelece que o empregado poderá pleitear a devida indenização quando “não cumprir o empregador as obrigações do contrato”.

A contratação do trabalhador indígena deve obedecer certos requisitos previstos em legislação trabalhista como os demais trabalhadores, atendendo-se a prevenir contra a violação de seus direitos sociais dada à condição de tutelado, o que necessita da subsidiariedade do direito próprio dos povos indígenas, portanto, não se deve integrá-lo na condição de empregado como os demais trabalhadores, o que lhe discriminaria ou excluiria da proteção legal em razão de sua origem.

Lima Filho apud Pereira (2017, p. 103) elenca os preceitos específicos para a validade do contrato de trabalho indígena:

- a) assistência pelo órgão tutor na contratação, fiscalização e extinção do contrato, exceto em casos extraordinários, quando o trabalhador revele plena consciência do ato praticado e da extensão de seus efeitos e desde que não lhe seja prejudicial (artigos 8º e 14 da Lei 6.001/73);
- b) preservação do direito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 art. 231;
- c) não aplicação da prescrição prevista no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988, salvo quando o obreiro revele consciência de seus atos, e
- d) assistência do Ministério Público.

Celebrada a relação empregatícia, caberá verificar a validade da relação partindo-se para a análise dos requisitos de um contrato de trabalho indígena, bem como seus elementos jurídico-formais.

Parte-se a analisar os pressupostos válidos para o negócio jurídico, tal como o contrato entre as partes, conforme o artigo 104 do Código Civil: “I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou defesa em lei”.

A capacidade indígena, a priori, remete-se ao Código Civil de 2002 que não o tratou como relativamente incapaz, mas determinou legislação

especial que regulamenta-se a matéria, conforme art. 4º parágrafo único. A legislação que regula a situação jurídica encontra-se prevista no Estatuto do Índio, na qual a concepção depende do grau de integração, e os classifica em: isolados, em vias de integração e integrados.

Portanto, somente serão considerados capazes os índios integrados, ao passo que os não integrados estão sujeitos ao regime tutelar que é exercido pela União, por intermédio da Funai, conforme art. 1º parágrafo único da Lei 5.371/1967: “A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais”.

A possibilidade do indígena capaz celebrar negócio jurídico encontra-se interpretada pela Constituição Federal de 1988, que considera pessoa privada plenamente capaz para os atos da vida civil. Corroborando neste sentido, a Convenção 169 da OIT, ao deixar de considerar o indígena absolutamente incapaz, pelo fato de ser índio, estabelecendo ao governo adotar medidas para garantir aos indígenas proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego.

Sendo assim, a capacidade indígena para celebrar um contrato de trabalho necessita de órgão tutelado, tendo em vista o agente incapaz, conforme estabelecido como regra pelo Estatuto do Índio, o que por outro lado, está em desconformidade com a previsão constitucional, bem como a norma internacional com status de constitucional, as quais desprotegem o indígena ao lhe atribuir a capacidade como pessoa privada para os atos da vida civil; que conforme Gagliano (2014) não retrata adequadamente a atual situação brasileira.

Neste sentido, não se deve raciocinar na existência de conflitos de normas, visto que se trata de situação de admite ponderação, mediante a aplicação ao direito próprio dos povos indígenas ao direito do trabalho.

Logo, “a contratação desses indivíduos deve cumprir determinações previstas em lei especial, Constituição, na Convenção 169 da OIT e Estatuto do índio a fim de prevenir a violação de seus direitos dada a condição de tutelado”. (Pereira, 2017, p. 103), e para isto, faz-se necessário os preceitos específicos para a validade do contrato de trabalho indígena.

Considerando que os indígenas, conforme o Estatuto do Índio, ficam sujeitos ao regime tutelar, tem-se que os contratos de trabalho com indígenas dependerão de prévia aprovação do órgão de proteção ao índio, exercendo permanentemente fiscalização das condições de trabalho, denunciando os abusos e providenciando a aplicação de sanções cabíveis.

No plano do termo de rescisão do contrato de trabalho tem-se a necessidade de proteção pelos órgãos competentes, especialmente referente a forma de dispensa e a quitação das verbas trabalhistas, “não devendo ter efi-

cácia sem a assistência da Fundação Nacional do Índio ou do Ministério Público” (Pereira, 2017, p. 105).

Ainda que a CF/88 não recepcione o teor tutelar dos indígenas, reconhece-se conforme o Estatuto do Índio, a obrigatoriedade da assistência da FUNAI na prática de atos do trabalhador indígena, como visto no caso emblemático, no qual o indígena em vias de integração assinou o termo de rescisão contratual, mas não teve a presença da FUNAI, portanto, sendo declarado nulo o pedido de demissão e revertida a rescisão contratual para a dispensa imotivada, condenando a reclamada ao pagamento de verbas rescisórias decorrentes desse ato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A insuficiência das políticas de integração forçada imposta aos povos indígenas, bem como a omissão do Estado na questão da demarcação e proteção de terras indígenas, implicaram na subsistência destes povos, logo, os mesmos passaram a buscar trabalho assalariado fora das aldeias, em ambiente adverso às tradições e costumes indígenas.

Quanto ao que tange o contrato de trabalho indígena, a questão mais recorrente que permeia as decisões do Poder Judiciário refere-se a ausência da presença da FUNAI na contratação e rescisão dos contratos celebrados com indígenas, o que implica na prática de discriminação contra esses, com a falta de pagamento das verbas trabalhistas devidas.

Portanto, a ausência da FUNAI na contratação ou rescisão dos contratos de trabalho indígenas ampara-se no reconhecimento da capacidade civil nos termos da CF/88, o que implica em estabelecer medidas de proteção à comunhão nacional, inclusive quando tiverem seus direitos trabalhistas aviltados; o que por outro lado, não garante a equidade aos trabalhadores indígenas, o que portanto, confronta a legislação do Estatuto do Índio que dispõe ser necessária a assistência da FUNAI, como forma de não aviltamento de direitos, quanto as suas especificidades culturais.

Considerando que as condições de trabalho exercidas por indígenas realizam-se de modo diverso do constante do contrato de trabalho não-indígena; deve-se raciocinar não na colisão de tutelados direitos dos trabalhadores não-indígenas versus trabalhadores indígenas, mas sim na harmonização do Direito do Trabalho ao Direito próprio dos povos indígenas, mediante prévia consulta.

Portanto, o contexto político reconhece que os indígenas estão inserindo-se no mercado de trabalho, o que em virtude de sua integração forçada e seu acultramento, necessitam de acompanhamento de fiscalização das con-

dições do contrato de trabalho, desde órgãos como a FUNAI, Ministério Público do Trabalho, ou ainda a criação de associações ou sindicatos de trabalhadores indígenas para a defesa de seus interesses e respeito de sua cultura.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. TRT 12ª Região. Disponível em:

<http://www2.trt12.jus.br/sajud/scripts/sentenca/resultado.asp?j=38>. Acesso em 30/09/2019

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. TRT 12ª Região. Disponível em:

<<http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=256699>>. Acesso em 30/09/2019

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho - TST. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/pedido-demissao-indigena-chancela-funai.pdf>>. Acesso em: 30/09/2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. v. 1: parte geral, 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LACERDA, Rosane Freire. *A Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: Origem, conteúdo e mecanismos de supervisão e aplicação*. 2009, p. 5. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/zazab023/aconveno-169-da-oit-sobre-povos-indigenas-e-tribais-origem-contedo-e-mecanismos-de-superviso-e-aplicao.htm>>. Acesso em: 30/09/2019.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Contrato de trabalho dos indígenas: requisitos, validade e eficácia*. Revista Jurídica Unigran, Dourados, v. 10, n. 19, p. 183-188, jan./jul. 2008.

MACHADO, Jorge Luis. *O trabalhador indígena e o direito à diferença: o caminho para um novo paradigma antropológico no direito laboral*. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_83/jorge_luis_machado.pdf>. Acesso em: 09/09/2019.

PEREIRA, Celene Moura. *Contrato de trabalho do indígena: requisitos e o respeito pela diferença*. In: Revista Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará – Belém, v. 4, n. 5, Jun. 2017. Disponível em: <<http://revistasfap.com/ojs3/index.php/direito>>. Acesso em: 20/09/2019.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis. *Indigenous peoples, postcolonialism, and international law: The ILO Regime (1919-1989)*. Oxford University Press, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Editora Juruá, 1998.

_____. Da tirania à tolerância. O Direito e os índios. In: NOVAES, Adauto (org.). *A outra margem do ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar. *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba : Letra da Lei, 2013.

VAN DYKE, Vernon. *Human rights, ethnicity, and discrimination*. Greenwood Press Westport, Connecticut, London, 1985.

VOCÊ ESTÁ DE ACORDO?

Proteção de dados pessoais, dados sensíveis e consentimento em aplicativos de relacionamento entre homens

Sérgio Marcos Carvalho de Àvila Negri

Universidade Federal de Juiz de Fora, Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado, Juiz de Fora, Brasil, smcnegri@yahoo.com

Ramon Silva Costa

Universidade Federal de Juiz de Fora, Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação, Juiz de Fora, Brasil, ramoncostta@outlook.com

RESUMO

Esse artigo questiona de que forma o consentimento dado pelos usuários nas redes Grindr, Scruff e Hornet para o tratamento de seus dados pessoais pode estar de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil (Lei nº 13.709/2018)? Pretende-se compreender como se dá o consentimento dos usuários nessas redes, partindo do pressuposto que há falhas no tratamento de dados pessoais. Para tanto, utiliza-se de uma metodologia de revisão bibliográfica e de uma análise documental da Lei 13.709/2018 e dos termos de uso dos aplicativos. Constata-se uma incompatibilidade entre os termos de uso das redes com o disposto na lei para o tratamento de dados pessoais. Portanto, a forma como o consentimento é recolhido nesses aplicativos, resulta em violações à privacidade e dignidade sexual. É necessário um consentimento mais claro e específico da utilização feita pelas redes dos dados de seus usuários. O artigo estrutura-se a partir de uma abordagem sobre a busca digital por parceiros, posteriormente aborda a diferenciação entre privacidade e proteção de dados pessoais, seguido de um tópico sobre o tratamento e recolhimento de consentimento para dados sensíveis e por último uma abordagem dos termos de uso e consentimento dos aplicativos.

Palavras-chave: Proteção de Dados Pessoais; Consentimento; Privacidade; Aplicativos de Relacionamento entre Homens; Dados Sensíveis.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea vive em um tempo em que a informação é o elemento nuclear para o desenvolvimento da economia, sendo essa nova forma de organização social sedimentada pela evolução tecnológica, que criou mecanismos capazes de processar e transmitir informações de forma cada vez mais veloz. Tal cenário possibilitou uma modificação nas relações humanas, que são fortemente digitalizadas por meio de redes virtuais para consumo, comunicação, informação, trocas e estabelecimento de relações afetivas e/ou sexuais.

Nesse sentido, o presente trabalho aborda as questões de privacidade e proteção de dados pessoais de usuários de aplicativos de relacionamento a partir de uma análise dos termos de uso e consentimento das redes Grindr, Scruff e Hornet, voltadas para homens que buscam contatos afetivos e/ou sexuais com outros homens. A metodologia consiste em uma revisão bibliográfica alinhada à análise da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e dos termos de uso e políticas de privacidade dos aplicativos.

A análise é feita a partir dos pressupostos regulatórios da LGPD (Lei 13.709/2018), que entra em vigor a partir de agosto de 2020 e que determina a centralidade do consentimento inequívoco e esclarecido por parte dos indivíduos para que seus dados sejam utilizados e mantidos por controladores em bancos de dados. Assim, partindo-se do pressuposto que atualmente os termos de uso dos aplicativos em análise apresentam fissuras acerca da proteção de dados dos usuários, violando dados sensíveis, muitas vezes relacionados à saúde, sexualidade ou intimidade dos usuários, questiona-se de que forma o requerimento de consentimento dos usuários nesses aplicativos pode estar em consonância com a lei? Portanto, o objetivo do trabalho é compreender como essas redes de relacionamento lidam com os dados pessoais de seus usuários e em que medida esses indivíduos têm a esfera privada violada ao não consentirem devidamente com o tratamento de seus dados, ou a partir de ações violadoras perpetradas pelas empresas ao utilizarem esses dados de forma indiscriminada, atentando contra a privacidade e outros direitos da personalidade dos usuários.

O artigo estrutura-se em quatro tópicos. Inicialmente há uma abordagem acerca da busca digital por parceiros, delineando-se os processos sociais de expansão das redes de relacionamento e de seus usos por homens que buscam por outros homens¹. Posteriormente, há uma diferenciação entre o direito à privacidade e a proteção de dados pessoais, levando-se em conta as evoluções do conceito de privacidade e a realidade enfrentada pelas regula-

¹ A expressão “homens que buscam por homens” é mais utilizada nesse texto, como uma forma de representatividade ampla dos usuários das redes em análise, visto que há uma variedade de orientações sexuais presentes nos aplicativos.

ções jurídicas em uma sociedade digital. O terceiro tópico aborda as disposições legais acerca do consentimento e do tratamento de dados sensíveis na LGPD. Por fim, aborda-se o consentimento estipulado nos termos de uso e políticas de privacidade dos aplicativos em análise, observando se estão de acordo com o previsto na legislação.

1. A BUSCA DIGITAL POR PARCEIROS

O primeiro registro de uso tecnológico para fins amorosos data de 1959, quando ocorreu um experimento no curso de matemática da Universidade de Stanford nos Estados Unidos. O estudo visava à formação de pares amorosos (FINKEL, 2012). Sessenta anos depois, vivemos em uma sociedade na qual as redes de relacionamento online ocupam um espaço significativo na vida de grande parte das pessoas. O avanço das tecnologias culminou na comercialização do primeiro smartphone- o Iphone da Apple- em 2007. Desde então, nossos aparelhos se transformaram em plataformas indispensáveis para muitas relações de trabalho, consumo, entretenimento e até mesmo para a busca de contatos amorosos e sexuais. O mercado de aplicativos voltados para busca digital de parceiros é extenso e variado, atendendo as mais diversas demandas e públicos. Nesse contexto, os homens que buscam por outros homens são identificados como os maiores usuários desses serviços (MISKOLCI, 2014, p. 270).

Os aplicativos Grindr, Scruff e Hornet disponíveis no mercado em lojas virtuais como Apple Store e Play Store são baixados gratuitamente e oferecem como serviço comum, a possibilidade de contatar outros usuários que estão próximos, devido à tecnologia de geolocalização (GPS) dessas redes. O Grindr foi o primeiro aplicativo voltado para o público não heterossexual, a rede lançada em 2009 intitula-se como a maior rede de relacionamento queer² do mundo. O Scruff foi lançado em 2010 nos Estados Unidos e chegou no Brasil apenas em 2013, em geral oferece o mesmo serviço que o Grindr, tendo como principal diferencial a possibilidade de ver perfis em nível global, ou aqueles que estão geograficamente mais próximos. O Hornet foi criado em 2011, chegou no Brasil em 2013 e segue a linha dos demais no que tange contatar parceiros pela localização. O Hornet possui ainda um feed de notícias sobre política, saúde, entretenimento, dentre outros temas relacionados ao público gay. O sociólogo Richard Miskolci (2017) que pesquisou ativamente o que ele chama de “desejos digitais”, indica que homens homossexuais recebe-

² Termo que designa pessoas fora de padrões heteronormativos de sexualidade e gênero. Deriva do inglês e pode ser traduzido como “esquisito”. No entanto, o termo foi ressignificado pelo movimento social, sendo hoje uma nomenclatura utilizada para ampliar a representatividade de minorias sexuais.

ram maiores possibilidades de efetivarem a “fast foda”³, pela prática estar inserida nessa facilitação tecnológica para busca de parceiros. O autor destaca que a tecnologia permitiu uma maior liberdade e oportunidade de procura de parceiros para grupos que historicamente foram restritos dessa prática como homens homossexuais e mulheres. Nesse sentido, David Le Breton (2012, p. 26-27) salienta o papel da interação das pessoas com as tecnologias em uma recomposição das relações sociais, corporalidades e práticas. Para o autor, as tecnologias da informação possibilitaram “uma humanidade modificada”. A partir disso, extinguem-se as fronteiras entre “o sujeito e o objeto, o humano e a máquina, o vivente e o inerte, o natural e o artificial, o biológico e o protético”.

Dessa forma, o processo de digitalização das relações é contemplado nos estudos desses autores como a esfera de interação entre as pessoas por meio das novas tecnologias, como os smartphones, que possibilitaram as redes de relacionamento aqui investigadas, tendo essas redes reconfigurado, em grande parte, a forma como nos relacionamos. Os aplicativos de relacionamento proporcionam um aparato imagético, que gira em torno das imagens que construímos sobre nós mesmos na tela e sobre a imagem que procuramos nos perfis disponíveis. Essa construção se dá por meio de discursos sobre quem e como somos e sobre quem e o que buscamos, a partir do uso de fotos, informações, descrições e apresentações textuais.

Para Miskolci (2014, p. 286), a busca digital por parceiros não se baseia apenas em ímpetos sexuais e/ou afetivos. O autor salienta que o “motor desejante” por trás da busca digital envolve também aspectos mais implícitos, mas talvez até mais relevantes do que o sexo em si, como o anseio de aceitação/inserção social. Esse anseio é destacado pelo autor como o fator que rege a busca e define os critérios de seleção de parceiros através dos meios digitais. Portanto, há uma pluralidade de “desejos digitais” dispostos nesses aplicativos. O que os usuários procuram é saciar um desejo inicialmente posto na esfera digital, mas que não pode ser separado da ideia de real, ou seja, não existe uma separação entre o virtual e o físico. A tecnologia apenas redimensionou e intensificou a perceptibilidade de processos sociais, visto que é utilizada pelas pessoas, carregando as subjetividades humanas em seus usos.

Contudo, os aplicativos possibilitam uma esfera de sigilo e anonimato, como muitos de seus perfis demonstram ao não utilizarem nomes, fotos e demais informações que identifiquem seus donos, ou até mesmo de forma literal por meio de descrições que acentuam que se trata de pessoas sigilosas, discretas, interessadas em manter em segredo quaisquer interações e/ou encontros com os outros usuários. Nesse cenário é possível extrair duas realida-

³ Expressão utilizada para sexo casual, contatos sexuais efêmeros com uma variedade de parceiros, sem maiores vínculos afetivos.

des. A primeira está ligada ao fato desses homens evitarem serem reconhecidos enquanto homossexuais, ou como homens que se interessam sexualmente por outros homens. Isso ocorre em virtude da homofobia assentada no meio sociocultural, ou até mesmo por tratar-se de homens compromissados, que se expressam socialmente como heterossexuais, o que também está relacionado à cultura homofóbica. Por outro lado, esses aplicativos acabam funcionando como espaços que possibilitam a liberdade sexual para esses indivíduos, pois ao não poderem vivenciar a sexualidade da forma como desejam, o sigilo garantido pelos perfis digitais colabora na busca por encontros sexuais que saciam seus desejos e que mais facilmente podem ser mantidos em segredo, por tratar-se muitas vezes de parceiros desconhecidos e/ou que almejam a mesma coisa.

2. DA PRIVACIDADE À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O primeiro registro de discussão sobre o direito à privacidade ocorreu em 1890 na revista de Direito de Harvard, quando os autores Samuel D. Warren e Louis Brandeis publicaram o artigo *The right to privacy- O direito à privacidade-* em 1890. Os autores defendiam basicamente a privacidade como direito de ser deixado só, ou em paz (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 193 ss). O autor Danilo Doneda destaca que a privacidade é historicamente compreendida a partir da dicotomia público-privado, em um contexto que expressa quais atividades deveriam ser exercidas na esfera pública e quais deveriam estar restritas ao espaço privado dos indivíduos. Essa ideia acerca da privacidade é limitada por uma compreensão de que a habitação dos indivíduos seria o local de refúgio do escrutínio público, ou na perspectiva de Warren e Brandeis, seria o local no qual o indivíduo efetivaria seu direito de não ser perturbado (DONEDA, 2006, P. 126-127).

Segundo Bruno Bioni (2018, p.95), a privacidade foi um direito moldado a partir de uma seleção entre as informações que podem ser compartilhadas publicamente e aquelas que devem ser mantidas no sigilo. É nesse contexto que a privacidade pode ser compreendida como o direito de ser deixado só, ou seja, como uma garantia de não violação ou invasão dos aspectos privativos, assim como o próprio artigo 5º, X da Constituição Federal e o artigo 21 do Código Civil preceituam, ao determinarem a vida privada como inviolável (BIONI, 2018, p. 96).

Nesse sentido, Stefano Rodotà elucida que a privacidade é um direito embasado na liberdade negativa de seu titular, que decide sobre quais aspectos de sua vida estão contidos em sua esfera privada e que, portanto são invioláveis (RODOTÀ, 2012, p. 320). No entanto, esse entendimento clássico sobre o direito à privacidade, também se mostra limitado diante das inovações tecnológicas. Assim, o autor destaca a necessidade de ampliação do conceito

de direito á privacidade em uma sociedade altamente digitalizada, expressando não ser mais possível considerar os problemas da privacidade somente por meio de um pêndulo entre "recolhimento" e "divulgação"(RODOTÀ, 2008, p. 25).

Dessa forma, a privacidade caminhou da sequência “pessoa-informação-sigilo”para “pessoa-informação-circulação-controle” (RODOTÀ, 2008, p. 93). A ideia tradicional de privacidade deve relacionar-se com as novas dimensões contemporâneas que perpassam a esfera privada e as informações pessoais. Isso não significa que a proteção de dados pessoais é uma simples extensão do processo evolutivo do conceito de privacidade, mas indica que ela se estabelece como um direito autônomo, que necessita de clareza e especificidade normativa. Nesse sentido, mesmo que a proteção de dados esteja relacionada à tutela da privacidade dos indivíduos, ela não está restrita a dicotomia do público e do privado. Nesse ponto, diferencia-se essencialmente do direito à privacidade, sendo um equívoco dogmático indicar a proteção de dados pessoais como uma mera evolução do direito à privacidade (BIONI, 2018, p. 98-99).

Portanto, em uma sociedade digital, o tratamento de dados têm se tornado cada vez mais expansivo e impacta diretamente a personalidade e sociabilidades das pessoas. Nesse contexto, a proteção de dados pessoais ergue-se como a tutela da “própria dimensão relacional da pessoa humana”, pois existe um leque vasto de liberdades individuais relacionadas com a proteção de dados pessoais que extrapolam os limites de tutela do direito à privacidade (BIONI, 2018, p. 99).

3. DADOS SENSÍVEIS E CONSENTIMENTO NA LGPD

A lei 13.709/2018, que entra em vigor em agosto de 2020, prevê o consentimento como forma de controle para os indivíduos sobre os seus dados pessoais, mas o tratamento de dados por meio do consentimento do titular não é a única hipótese legal e nem é hierarquicamente superior às outras formas. Contudo, os princípios norteadores da LGPD indicam uma centralidade na proteção do ser humano e de sua personalidade. Nesse sentido, o consentimento torna-se central em grande parte dos processos de tratamentos de dados pessoais, o que revela uma preocupação do legislador com a participação do indivíduo no fluxo de suas informações pessoais. A lei estabelece em seu art. 7º como o tratamento de dados deverá ocorrer. Além de diferenciar dados pessoais de dados sensíveis, tendo estes um tratamento mais complexo.

O art. 5º, I determina o dado pessoal como composto por informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, já o dado pessoal

sensível se refere à “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art. 5º, II). Portanto, os aplicativos de relacionamento tratam em grande parte, os dados pessoais sensíveis.

De acordo com Caitlin Mulholland (2018, p. 163), a privacidade evoluiu para incluir em seu conteúdo situações de tutela de dados sensíveis, de seu controle pelo titular e, especialmente, de “respeito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial”. Portanto, a preocupação legislativa com os dados sensíveis, deve incluir uma compreensão ampla do conceito de privacidade, levando-se em conta as particularidades da proteção de dados pessoais, que a faz um direito da personalidade e fundamental específico, no qual o conceito de privacidade ultrapassou a ideia do direito de não ser perturbado, devido ao intenso fluxo de coleta e divulgação de dados na sociedade.

Não obstante, o princípio da não discriminação, contido na LGPD, é essencial para nortear o tratamento de dados sensíveis, devido ao fato de que o uso de dados sensíveis é potencialmente lesivo, em decorrência de sua capacidade discriminatória, seja por entes privados ou públicos. A possibilidade das empresas que tratam os dados realizarem a formação de perfis baseados em dados pessoais sensíveis pode gerar discriminação por diversos fatores, dentre eles o fato de que dados pessoais, aparentemente não “sensíveis”, podem se tornar sensíveis se contribuem para a elaboração de um perfil. Existem ainda os contextos em que a própria esfera individual pode ser violada quando a pessoa pertence a um grupo do qual tenha sido traçado um perfil estigmatizado, ou associado a características e interpretações negativas, como é o caso dos usuários do Grindr, Scruff e Hornet, que compõem um grupo afetado por contextos sociais de discriminação, preconceito e marginalização, devido à sexualidade e práticas sexuais não heterossexuais.

Dessa forma, a lei estabelece restrições importantes em casos de tratamento de dados sensíveis. No que tange o consentimento, a LGPD determina, em seu art. 11, inciso I, a necessidade do consentimento se concretizar de forma específica e destacada, para finalidades singulares. Assim, há o reconhecimento de que o consentimento do titular de dados sensíveis deve ser qualificado, por tratar-se de um contratante vulnerável, caracterizado justamente pela ausência de liberdade substancial no momento da determinação da vontade e em um contexto no qual suas informações mais íntimas e invioláveis estão em jogo.

Vale ressaltar que a LGPD permite em seu art. 11, II, b, o tratamento de dados sensíveis sem o consentimento do titular de dados, quando for indispensável para o tratamento compartilhado de dados pela administração pública para a execução de políticas públicas previstas em leis ou regulamen-

tos, além de outras hipóteses que se referem, em grande parte, a interesses públicos. Neste último caso, a partir de uma ponderação de interesses, o consentimento do titular dos dados sensíveis seria dispensado pela lei, considerando-se mais relevantes e preponderantes os interesses de natureza pública em detrimento dos interesses do titular, ainda que estes tenham qualidade de Direito Fundamental. Assim, a lei torna-se passível de críticas, visto que a proteção dos dados pessoais sensíveis é essencial para o pleno exercício dos Direitos Fundamentais, tais como os da igualdade, liberdade e privacidade.

Contudo, Gustavo Tepedino e Chiara Spadaccini de Teffe (2019, p. 319-320), discorrem sobre o consentimento na LGPD, com ênfase na relevância da lei no atual cenário das novas tecnologias. Os autores expressam que ao dar enfoque à pessoa e ao livre desenvolvimento de sua personalidade, a lei “assegura o exercício da liberdade existencial e da igualdade material”, devido à centralidade da informação nas escolhas individuais. O destaque dado ao consentimento pelo legislador, incentiva uma participação mais ativa do titular dos dados pessoais nos processos de controle e uso de suas informações, ao passo em que implica em uma maior responsabilidade das empresas.

4. O CONSENTIMENTO NOS APLICATIVOS

O consentimento requerido pelos aplicativos é expresso a partir de suas políticas de privacidade e termos de uso de seus serviços. São nesses documentos que as empresas expressam como é feito o tratamento de dados pessoais de seus usuários. No entanto, como apontam as autoras Tatiana Dias e Joana Varon (2017), muitos aplicativos não contemplam as disposições legais para o tratamento de dados pessoais, pois o consentimento para o controle de dados deve assemelhar-se ao consentimento necessário para as práticas sexuais, sendo feito a partir de um “acordo claro, livre, informado e ativo”. Assim, o consentimento deve ser recolhido por meio da centralidade da auto-determinação dos indivíduos, ou seja, do controle que esses fazem sobre suas informações pessoais, esse é o cerne da proteção de dados estipulada pela LGPD. Nesse contexto, analisamos as políticas de privacidade e os termos de uso dos aplicativos Grindr, Scruff e Hornet. Inicialmente observamos a facilidade de acesso e compreensão dos documentos disponíveis nos apps. ou em seus sites. Além disso, analisamos se os aplicativos permitem acesso e conexão com outras redes sociais e endereços eletrônicos. Também foi destacado na pesquisa os tipos de conteúdo que podem ser controlados pelos aplicativos e as informações que podem ser dispostas pelos usuários. Por final, destacamos a forma como requerem consentimento dos usuários para acesso aos seus dados. Abaixo apresentamos um quadro comparativo dos critérios analisados.

	Acesso e compreensão dos termos	Acesso e Conexão com outras redes	Tipos de conteúdos controlados	Requer permissão para:
GRINDR	Acessível pelo site e pelo aplicativo. Texto em português. Extenso e pouco destacado.	Facebook. e-mail. Instagram.	Fotos, conversas, dados cadastrais, localização, registros de uso e conteúdos do celular.	Acesso aos dados e localização, sem especificar as finalidades de forma ativa e singular.
SCRUFF	Acessível pelo site e pelo aplicativo. Texto em inglês. Extenso e pouco destacado.	Facebook. e-mail.	Fotos, conversas, dados cadastrais, localização, registros de uso e conteúdos do celular.	Acesso aos dados e localização, sem especificar as finalidades de forma ativa e singular.
HORNET	Acessível pelo site e pelo aplicativo. Texto em inglês. Extenso e pouco destacado.	Facebook. e-mail.	Fotos, conversas, dados cadastrais, localização, registros de uso e conteúdos do celular.	Acesso aos dados e localização, sem especificar as finalidades de forma ativa e singular.

O quadro demonstra o panorama em que o consentimento dos usuários é requerido nessas redes. Em relação ao acesso e compreensão dos termos, há sempre uma apresentação textual extensa dos termos, sem um destaque para tópicos relevantes no que tange o recolhimento do consentimento. No caso do Scruff e Hornet, a compreensão sobre os termos é extremamente limitada, pois sequer encontram-se traduzidos para o português. É possível o fluxo dos dados pessoais entre outras redes, que o usuário utiliza para logar os aplicativos, ou que opta por conectar ao seu perfil, o que implica em um fluxo de dados entre essas redes.

Os aplicativos podem controlar qualquer informação colocada nos perfis, chama atenção a possibilidade de colocar dados como a orientação sexual, identidade de gênero, etnia e até se é portador do vírus HIV. Esses dados configuram-se como dados sensíveis, de acordo com a LGPD, o que im-

plica em possíveis violações com maiores potenciais discriminatórios em casos de um tratamento de dados irregular. Destaca-se ainda que ao baixar qualquer um dos aplicativos, antes de utilizá-los, eles requerem de forma objetiva permissão para acessar dados do celular como câmera, microfone e localização do aparelho, mas não explicitam na mensagem as finalidades de uso para cada conteúdo que terão acesso, assim como não requerem a permissão novamente, ou seja, não há um consentimento constante sobre o tratamento de dados e sim um recolhimento enrijecido e limitador do uso da rede ao baixa-la.

CONCLUSÃO

As redes de relacionamento entre homens configuram-se como espaços de busca por parceiros no qual o sigilo é almejado por muitos, que podem vivenciar a sexualidade de forma mais livre. Contudo, os aplicativos que oferecem esses serviços possuem uma série de dinâmicas capazes de violar a privacidade dos indivíduos. Inicialmente é preciso compreender que o conceito de privacidade evoluiu, não sendo mais concebível apenas uma simples proteção a partir de uma dicotomia entre o público e privado, na qual as pessoas possuem o direito de ficarem só em seu âmbito privado. Este trabalho encarou a privacidade a partir do controle que temos sobre nossas informações pessoais, o que engloba a proteção de dados pessoais que tutela outras dimensões de nossa personalidade, além do direito à privacidade.

Os apps. Grindr, Scruff e Hornet controlam muitos dados sensíveis, que se diferem dos dados pessoais, pois não se tratam apenas de dados que possam identificar os usuários, mas são dados passíveis de processos sistemáticos de discriminação, como a orientação sexual e a etnia. Nesse sentido, a LGPD requer um consentimento informado, inequívoco, livre, específico e destacado para o tratamento desses dados. No entanto, a análise dos termos de uso e políticas de privacidade dessas redes revelou que as redes não atendem por completo o disposto na lei. Assim, compreendemos que o recolhimento do consentimento é uma peça central para a autonomia informativa dos usuários, o que pode levar a uma relação mais equilibrada entre as pessoas e as empresas que tratam e controlam seus dados.

O consentimento deve ser apresentado de forma mais expressa, ao pedirem permissão de acesso aos dados do celular deve-se especificar os dados que serão acessados e usos que serão feitos destes, de forma objetiva, pois dificilmente os usuários irão ler as inúmeras páginas dos termos, sendo necessário que esse requerimento seja feito de forma singular e em todas as ocasiões em que dados sejam tratados, é isso que prevê a LGPD em seu art. 11, I no caso de dados sensíveis. É extremamente necessário que esses termos estejam na língua do usuário, que seu texto seja elucidativo e que dê maior

destaque aos dados sensíveis, visto que estes não podem ser tratados sem o consentimento para finalidades específicas. Entendemos que a localização dos usuários é um dado que tem finalidade justificada para rede, estando de acordo com o disposto na LGPD, que exige que o tratamento de dados pessoais apenas para finalidades específicas e indispensáveis para o serviço oferecido. Porém, a localização deveria ser controlada apenas no momento em que o usuário esteja usando a rede, assim como o acesso concedido à câmera e demais conteúdos do celular.

Portanto, é compreensível que as pessoas cedam determinadas informações pessoais para utilizarem essas redes. É um processo natural, no qual os usuários se sentem beneficiados pela possibilidade facilitada de encontrarem parceiros. No entanto, o tratamento de dados pessoais e sensíveis nesses aplicativos não pode restringir-se apenas aos comuns questionamentos: “você está de acordo?” ou “você permite o acesso?”. Essa forma plástica de recolher o consentimento viola o disposto na LGPD. Uma simples questão objetiva, pouco informativa e que ainda por cima depende de um aceite para que o indivíduo tenha acesso a grande parte dos serviços, não lhe deixa livre para controlar suas informações pessoais e para ter ingerência sobre os usos de seus dados dispostos nessas redes.

REFEFÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. Disponível em: <www.lawrence.edu/fast/boardmaw/privacy_brand_warr2.html>. Acessado em: 21.jul.2019.

BRASIL, Assembleia Legislativa. Lei 13.709/2018. Regulamenta a proteção de dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm> Acesso em: 23 jul. 2019 .

DIAS, Tatiana; VARON, Joana. Suruba de Dados: O troca-troca sem consentimento dos apps de encontros. Disponível em: <<https://chupadados.codingrights.org/suruba-de-dados/>>. Acesso em: 27. Jul. 2019.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FINKEL, E. J. et al. 2012. "On-line dating: a critical analysis from the perspective of psychological science". *Psychological Science in the Public Interest*, London, Sage, v. 13, n. 1, 2000 pp. 3-66.

GRINDR, Termos de uso. Disponível em: <https://www.grindr.com/br/>. Acesso em 25. jul. 2019.

HORNET, Termos de uso. Disponível em: <https://hornet.com/>. Acesso em 25. Jul. 2019.

LE BRETON, David. Individualização do corpo e tecnologias contemporâneas. In. COUTO, Edvaldo Souza; GOELLNER, Silvana Vilodre. (Org). *O Triunfo do Corpo: polêmicas contemporâneas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

MISKOLCI, Richard. *Desejos Digitais: uma análise sociológica da busca por parceiros on-line*. Belo Horizonte, 2017.

MISKOLCI, Richard. San Francisco e a nova economia do desejo. *Lua Nova* (91), São Paulo, 2014, pp. 269-295.

MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e a tutela de Direitos Fundamentais. Uma análise à luz da Lei geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, 2018, v. 19, n. 3, p. 159-180.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCRUFF, Termos de uso. Disponível em: <https://www.scruff.com/>. Acesso em: 25. Jul. 2019.

TEPEDINO, Gustavo, TEFFÉ, Chiara S. de. Consentimento e Proteção de Dados Pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 1 .ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 287-3

Eixo temático 10



**GESTÃO
DA SAÚDE,
DIREITOS FUNDAMENTAIS
E CIDADANIA**

A INDIVIDUALIZAÇÃO E INTRANSCENDÊNCIA DA PENA NO CRIME DE HOMICÍDIO COMETIDO POR GÊMEOS SIAMESES

Pedro Arruda Júnior

*Bacharel em Direito; Mestre em Direito; Doutorando pelo Programa de Pós Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF), Brasil;
pedroarrudajunior@yahoo.com.br*

Hugo Viol Faria

*Bacharel em Direito pela Faculdade Metodista Granbery – FMG. Pós-graduado em Ciências Criminais pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva-Estácio; Brasil;
hugoviolt@hotmail.com*

Suellen Silva Pereira

*Bacharel em Direito pelo Centro de Estudos Superiores Aprendiz, Barbacena, Brasil;
suu_pereira@hotmail.com.*

RESUMO

Apesar de incomuns, existem no Brasil casos de gêmeos coligados e, com base nestas eventualidades, a pesquisa problematiza a esfera penal no que concerne às circunstâncias que envolvem a autoria de delitos eventualmente praticados por gêmeos siameses. Neste sentido, propõe-se o estudo do princípio da individualização e da intranscendência da pena para, a partir do princípio da legalidade, em âmbito penal e constitucional, entender se haveria responsabilidade penal quando, em crime praticado, um dos irmãos é tecnicamente inocente. O presente trabalho tem como intuito discorrer sobre tema ainda silente no ordenamento jurídico brasileiro, refletindo sobre as soluções do direito penal que possivelmente poderiam ser aplicadas na ocorrência de casos que envolvam gêmeos siameses, apresentando posicionamentos diversos acerca do estudo em cotejo. Nesta senda, o tema proposto no trabalho ilustrado será baseado em estudo doutrinário. Será objeto de análise a responsabilização criminal pela prática de crimes que tenham como sujeito ativo apenas um dos irmãos siameses, especificamente no crime de homicídio, previsto no artigo 121, caput, do Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Princípios do Direito Penal. Gêmeos Siameses. Homicídio. Responsabilidade Penal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade prelecionar sobre tema atual, mas ainda silente no ordenamento jurídico brasileiro. Questiona-se a esfera penal e constitucional almejando respostas em relação ao tema que alude à medida acerca da individualização e intranscendência da pena em crimes cometidos por gêmeos siameses.

Por elementar de definição, gêmeos siameses, é a expressão referente a indivíduos que por alguma imperfeição na divisão celular, durante a formação do embrião, não tiveram seus corpos separados por completo.

A título de episteme, os casos mais comuns da patologia celular são de gêmeos unidos pelo quadril, peito, cabeça, podendo possuir em algumas situações até os mesmos órgãos, não sendo possível, nestes casos, uma intervenção cirúrgica para separá-los, devido à gravidade e complexidade de uma eventual cirurgia.

Neste cenário, nos deparamos com dois seres dissemelhantes possuindo personalidades distintas, elementos psicológicos divergentes, mas, frisa-se, em um só corpo.

Justifica-se a incongruência telada na busca por esclarecimentos no mundo jurídico sobre qual seria o posicionamento justo e adequado exigível aos aplicadores do direito para se operar à frente de caso concreto.

Claro está, portanto, que os aspectos que motivaram à realização deste trabalho vicejam sobre o silêncio do sistema normativo jurídico brasileiro sobre o assunto em confronto, uma vez sabido que somente deverá ser penalizado o responsável por suas condutas. No entanto, o cerne da questão é: e quando o transgressor se encontrar no mesmo corpo de um inocente, qual o parecer privilegiado? A benesse da inocência ou a tutela da segurança?

Oportuno se torna dizer que consiste no objetivo geral do presente artigo, trazer tema atual e lacunoso a debate aos estudiosos do direito, especialmente para evitar que, quando da ocorrência concreta do aqui hipotetizado, não se coadune precedente perigoso e inconstitucional.

Face às considerações aduzidas, é importante discorrer sobre as causas prováveis e possíveis de surpresa aos operadores do direito, razão pela qual a hermenêutica ponderativa dos princípios constitui instrumento pertinente ao apontamento da melhor conclusão ao caso em tela.

Similarmente, são objetivos específicos deste trabalho, relatar a lacuna legislativa e jurisprudencial na hipotética prática de crime por gêmeos siameses, especificamente no crime de homicídio previsto no artigo 121, *caput*, do Código Penal, quando apenas um dos irmãos, em regra aquele que

detém o controle integral dos ovimentos do corpo, desejar o resultado naturalístico do crime e iniciar os atos executórios.

Ainda com regras, princípios, institutos e jurisprudência, não raras às vezes, nos deparamos com os *Hard Cases*, ou seja, situações em que, por haver conflito entre os bens jurídicos em jogo, o operador do Direito deverá optar pelo sacrifício de um para efetivar a tutela a outro, em tese de maior preciosidade.

Esta pesquisa traz um recorte temático e jurídico com a finalidade de produção empírica sobre a matéria, aprofundando o estudo sobre as vertentes do Direito Penal e Processo Penal, a partir das diretrizes constitucionais para dar publicidade ao contexto.

Os materiais para a obtenção de informações sobre o conteúdo abordado serão elementares de fonte formal do Direito Penal, bem como dados eletrônicos e livros que dizem respeito ao tema, mesmo que de forma abstrata.

1. PRINCÍPIOS BASILARES E ESTRUTURANTES DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

A primeira observação recai sobre a questão principiológica que guarda intrínseca relação com o caso dos irmãos siameses. Ademais, em qualquer ramo do Direito, os princípios, de força normativa indiscutível, são fundamentais no engajamento jurídico.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abarca, em sua redação, princípios basilares norteadores do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Subsistem, nada mais, do que pilares e diretrizes na aplicação do Direito e na organização do Estado.

Na esfera penal a realidade não destoa e, dentre os princípios ponderosos, destacam-se, para a elaboração do presente trabalho, o Princípio da Individualização da Pena e o Princípio da Pessoalidade, também intitulado como Responsabilidade Pessoal ou Intranscendência da Pena.

No que tange ao primeiro, vale apontá-lo como mecanismo eficiente de deslocamento da pena em abstrato para a pena em concreto, seja na fase legislativa, judicial ou na administrativa. Assim, todo aquele que pratica uma conduta típica, ilícita e culpável deverá, em tese, por ela responder de forma proporcional às exatas peculiaridades fáticas da conduta perpetrada e do bem jurídico violado ou exposto a risco.

Sob outro enfoque, o segundo princípio telado discursa na vertente garantista e elementar do Direito e do Processo Penal, notadamente na

leitura sistemática do Ordenamento Jurídico. Trata-se, pois, da premissa de que apenas autor do fato poderá ser submetido às iras do tipo legal correspondente à conduta abominável.

As presentes assertivas podem encontrar conflito com outros princípios, inclusive de hierarquia constitucional, quando da aplicação das ponderações em casos particulares, a exemplo de eventual infração penal que tenha por sujeito ativo gêmeos siameses.

No que pese à generalidade, o legislador, na redação do artigo 5º da Carta Democrática, talhou que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (Brasil, Constituição Federal, 1988), assegurando direitos, obrigações e preservando os bens jurídicos que carecem ser resguardados.

Ressalte-se, por oportuno, que princípios nada mais são do que auxiliares hermenêuticos da atividade de concretização do Direito. São os instrumentos interpretativos que intervêm nos *Hard Cases*¹.

O que se pode depreender acerca do tema, no sentido de que a individualização e intranscendência da pena, dar-se-iam pela existência do elemento cognitivo ou intelectual que caracteriza o dolo, ou seja, a vontade do agente é a evidente presença do princípio da legalidade, a fim de explicitar, através dos artigos 1º do Código Penal Brasileiro e art. 5º, II e XXXIX, da Constituição Federal, a responsabilidade estritamente conferida àqueles que agem em contrariedade à lei vigente.

Em suma, apesar de incomuns, existem no Brasil casos de gêmeos ligados, e com base nestas eventualidades indaga-se, cabendo problematizar: na esfera penal, no que concerne às circunstâncias que envolvem a autoria de delitos por gêmeos siameses, como seria atribuída a individualização e a intranscendência da pena? Baseando-se no princípio da legalidade, em âmbito penal e constitucional, ambos responderiam penalmente? Razoável seria submeter o irmão tecnicamente inocente ao preceito secundário do tipo penal correspondente em resguardo à segurança? E se assim não se entendesse? Correto seria absolver o culpado em prol da inocência do irmão? Ora, se ambos agiram com dolo para o cometimento da infração penal, deverão, na forma da lei e na medida de sua culpabilidade, ser responsabilizados por suas ações.

Noutro giro, se apenas um irmão desejar o resultado naturalístico do crime, em regra aquele que detém o controle integral dos movimentos do

¹ Hard Cases: em português, casos difíceis, ou seja, casos considerados complexos. (Tradução Livre).

corpo, e iniciar os atos executórios, caberá ao outro responder pelas condutas contrárias ao direito?

2.O SIAMES COMO SUJEITO ATIVO DO DELITO PREVISTO NO ART. 121, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL

De início, o homicídio é crime comum, isto é, pode ser praticado por qualquer pessoa, contra qualquer pessoa, não exigindo que os sujeitos, ativo e passivo, possuam alguma particularidade. Por conseguinte, a conduta prevista no artigo 121, *caput*, do Código Penal visa coibir a prática de “Matar alguém”, tendo por preceito secundário reclusão, de seis a vinte anos”.

Logo, embora seja considerado *hard case*, uma vez que não há registros de siameses como sujeito ativo em tipos penais de maior potencialidade ofensiva, observa-se que o siamês é plenamente capaz de ser autor de uma conduta criminal. Assim, busca-se uma alternativa para o judiciário quando da ocorrência concreta da hipótese aqui enfrentada.

É verdade que, se os irmãos agirem conjuntamente ou de comum acordo no crime de homicídio, ou seja, havendo co-autoria ou participação, ambos serão responsabilizados penalmente pela prática de seus atos².

O conflito doutrinário mostra-se quando apenas um dos irmãos, em desacordo e sem a anuência do outro, inicia os atos executórios.

Faz-se necessário analisar que, devido à deficiência dos irmãos siameses, ambos seriam agentes no “*iter criminis*”³, visto que, mesmo possuindo vontades dissemelhantes, percorreriam juntos as fases para execução do delito, e, aquele contrário a ação, nem sempre poderá evitar por, por exemplo, não possuir o controle integral, nem mesmo o domínio maior, da parte do corpo responsável pelos movimentos necessários à execução do crime.

Ademais, o estudo sobre o tema esclarece que a ligação entre os gêmeos coligados é estritamente física, não atingindo suas personalidades. São indivíduos psicologicamente distintos. Assim, perfeitamente possível que um dos irmãos seja violento e o outro pacífico.

² Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave

³ *Iter criminis* – Do latim: marcha crime; corresponde as fases percorridas pelo agente para a prática do crime. (Tradução Livre).

É inegável a impossibilidade de punir apenas um dos irmãos sem que o outro seja também castigado, dado que qualquer das penas impostas afetaria direta ou indiretamente ambos.

Todavia, para engendrar-se o manifesto conteúdo no ordenamento jurídico pátrio, faz-se essencial considerar-se o caso em particular, ponderando sobre as limitações físicas e psicológicas desses indivíduos, amoldando-se à realidade.

3.DOS CONFLITOS DOUTRINÁRIOS

Tema tenro, a individualização e intranscendência da pena em crimes cometidos por gêmeos siameses, manifesta-se nas doutrinas de forma subjetiva, posto que, os Autores assimilam e expressam suas perspectivas no tocante ao conteúdo de modo individual, sem refúgio constitucional. A aludida asserção não possui respaldo na legislação brasileira, visto que, até o presente momento, não existem registros de crimes praticados por gêmeos siameses.

Partindo da máxima constitucional, prefacialmente, cabe ressaltar que a dignidade da pessoa humana é princípio absoluto assegurado em nossa Carta Magna. Por esse ângulo, conceitua-se a dignidade da pessoa humana como uma união de preceitos voltados a assegurar a todos a possibilidade de ter seus direitos resguardados pelo Estado.

Frisa-se que o Direito Penal moderno exige a leitura constitucional dos seus próprios termos, tendo por instrumento de validade a força normativa dos princípios.

Com relação ao tema que alude à medida, sob a dogmática do autor Fernando (CAPEZ, 2004, p. 14), é da dignidade da pessoa humana que nascem os princípios orientadores e limitadores do Direito Penal.

Nessa vereda, conferindo aos princípios a característica basilar do próprio Direito, sendo os mesmos norteadores para a concepção dos doutrinadores sobre diversos assuntos, a de se acrescentar no corpo da obra, menções de conceituados autores e seus pareceres sobre a dogmática questão. Princípio, expresso ou tácito, é estreme de dúvidas norma jurídica válida, vigente e eficaz.

Prima facie, o doutrinador Bento de Faria, assim como Rogério Greco, infere que, ocorrendo crime cometido por gêmeos siameses, o magistrado deverá proferir a decisão em favor da liberdade dos irmãos.

Euclides Custódio da Silveira, do mesmo modo, discorre sobre a questão:

Dado que a deformidade física não impede o reconhecimento da imputabilidade criminal, a conclusão lógica é que responderão como sujeitos ativos. Assim, se os dois praticarem homicídio, conjuntamente ou de comum acordo, não há dúvida que responderão ambos como sujeitos ativos, passíveis de punição. Todavia, se o fato é cometido por um, sem ou contra a vontade do outro, impor-se-á a absolvição do único sujeito ativo, se a separação cirúrgica é impraticável por qualquer motivo, não se podendo excluir sequer a recusa do inocente, que àquela não está obrigado. (SILVEIRA, 1973, p. 25, apud, DELITTI, 2010, n.p.).

Diversamente, Flávio Monteiro de Barros, sugere a existência de uma sentença penal condenatória, mas defende que deverá o cumprimento da reprimenda ficar suspenso esperando que o gêmeo inocente venha a cometer um delito e que venha por este a ser condenado, assim ambos cumprirão juntos a pena, respondendo pelos crimes cometidos de forma proporcional a atuação de cada irmão.

Victor Eduardo Gonçalves, ao versar sobre problemática em questão, afirma que:

É famosa na doutrina a discussão em torno do homicídio cometido por apenas um dos irmãos siameses (xifópagos). [...] A questão gira em torno da forma de punição, já que, não sendo possível separá-los, é injusto que ambos sejam presos, como também não é correto deixar o homicida totalmente impune. (GONÇALVES, 2016, p. 196 apud ANDRADE, 2016, n. p.).

Há, ainda, alguns juristas que consideram a intervenção cirúrgica como medida viável para o cumprimento da sentença, no entanto, como anteriormente reportado, o procedimento para separar os gêmeos coligados é duvidoso devido à gravidade da operação, podendo ocasionar o falecimento de um irmão ou de ambos. Além do mais, é impossível, sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana, submeter qualquer pessoa a tratamento médico obrigatório.

Ocorre que, por tratar-se de uma situação abstrata até o presente momento, o assunto trazido à baila não encontra respaldo claro no sistema normativo jurídico brasileiro.

Destarte, sendo notório e claro a relevância a respeito da moldura legal e principiológica até aqui delimitada, medida que se impõe, de forma fundamentada, almejar desfecho justo e adequado diante do conflito *retro*, qual seja: qual a postura dos operadores do direito quando do cometimento de crimes por gêmeos siameses.

Prevalece a liberdade ou a impunidade?

4. POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O CASO EM TELA À LUZ DOS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS

Considerando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como o princípio elementar da dignidade da pessoa humana que rege a totalidade dos ramos do ordenamento jurídico, em consonância, indene de dúvidas, com os demais princípios hermenêuticos fundamentais, a exemplo do Princípio da Individualização da Pena e o Princípio da Pessoalidade, a leitura do direito penal é válida, e somente assim, segundo a leitura constitucional das normas coercivas.

Desta feita, em companhia de doutrinadores, valendo citar Bento de Faria, Rogério Greco e Euclides Custódio da Silveira, salienta-se como solução provisória mais oportuna, a absolvição dos irmãos siameses, na hipótese de crime praticado por apenas um irmão, especificamente no crime de homicídio, versado em destaque para conclusão do exposto.

A priori, transpondo as colocações para o tema principal, sendo inexecutável a separação dos irmãos permanecendo ambos em um só corpo, mas possuindo direitos e deveres individuais, seria inconstitucional compelir um inocente a cumprir penalidades concernentes àquele que transgrediu a lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ressalta-se que o desenlace do presente projeto pauta-se na aplicabilidade da lei buscando a decisão justa e condizente para o caso exposto, todavia pretende que essa decisão seja a mais benéfica, a fim de resguardar a integridade do irmão inocente e garantir a inviolabilidade dos valores fundamentais.

A obrigatoriedade de se aplicar o Direito pauta-se no propósito de alcançar o controle social.

Nos moldes das fontes formais do Direito Penal, a conclusão, pois, insurge clara e evidente, discursando no sentido de que, diante do hipotético caso manifesto nesse trabalho a solução oportuna seria a absolvição dos gêmeos siameses. Segundo a premissa básica do garantismo penal, reafirmada pelo Magistrado João Baptista Herkenhoff: "é melhor absolver mil culpados do que condenar um inocente".

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Nadja Karoliny. Super Interessante. *Como ocorrem os gêmeos siameses*. Campina Grande, PB, 30 abr. 2001. Disponível em:

<https://super.abril.com.br/ciencia/como-ocorrem-os-gemeos-siameses/>, Acesso em: 03 mai. 2019, 18:20:00.

ANDRADE Danielly C. Samartin Gouveia de. *Homicídio x irmãos xifópagos: discussão diversa da teoria da sanção*. [S.I.], 2016. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17534, Acesso em: 08 mai. 2019, 15:16:05.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4ª. Ed. Rio de Janeiro. Editora Revan Ltda., 1999.

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

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – parte especial*. Vol. 2- 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

CHIMENTI, Ricardo Cunha [et al.]. *Curso de Direito Constitucional – 3. ed.* – São Paulo: Saraiva, 2006. Outros autores: Fernando Capez, Márcio Fernando Elias Rosa, Marisa Ferreira dos Santos.

COSTA, Allison . *Homicídio praticado por gêmeos xifópagos: uma solução jurídica frente à impunibilidade*. [S.I.], 2013. Disponível em: <<https://allisoncosta.jusbrasil.com.br/artigos/112408494/homicidio-praticadopor-gemeos-xifopagos-uma-solucao-juridica-frente-a-impunibilidade>>, Acesso em: 10 dez. 2018, 20:10:00.

DELITTI, Luana Souza. *Como se dá a responsabilização por crime praticado por gêmeo xifópagos?* [S.I.], 2010. Disponível em: <https://lfjg.jusbrasil.com.br/noticias/2233547/como-se-da-a-responsabilizacao-por-crime-praticado-por-gemeo-xifopago-luana-souza-delitti>, Acesso em: 10 dez. 2018, 16:21:00.

ESTEFAM, André. *Direito Penal Esquemático: parte geral*. / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 3. ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIA, Hugo Viol; PEREIRA, Suellen Silva. *A individualização e intranscendência da pena em crimes cometidos por gêmeos siameses*. Barbacena-MG, 2018. Disponível em: < <http://vivaminas.com.br/a-individualizacao-e-intranscendencia-da-pena-em-crimes-cometidos-por-gemeos-siameses/>>, Acesso em: 07 dez. 2018, 14:58:00.

FREIBERGER, Rubens Luís; TASCA Paloma Cristina. *Justiça ou injustiça? Análise acerca da conduta praticada por xifópagos no sujeito ativo e passivo no crime de homicídio*. In: SANTOS, Adécio Machado dos; MAQUIAVELLI, Jociane Oufella; HÜLSE, Levi. *Curso de Direito da UNIARP* [livro eletrônico]: 20 anos. Caçador-SC: EdUniarp, 2018. Cap. 7, p. 91-99.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquemático: parte especial* - coordenador Pedro Lenza. – 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- Parte Geral*. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. 10 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HERKENHOFF, João Baptista, *O bom direito*. ES. 2013. Disponível em: <[https:// www.espacovital.com.br/imprimir?id=28768&tipo=noticia/](https://www.espacovital.com.br/imprimir?id=28768&tipo=noticia/)>, Acesso em: 28 set. 2019, 21:21:00.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático- Parte Geral*. Vol. 1. 7ª ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

MATOS, Marcela Blumetti. *A segurança jurídica como instrumento jurídico indispensável para intervenção penal*. [S.I.], 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2865/A-seguranca-juridicacomoinstrumento-juridico-indispensavel-para-intervencao-penal>, Acesso em: 06 de maio de 2019, 19:23:15.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOORE, Keith L. *Embriologia Clínica*. Keith L. Moore, T. V.N. Persaud, Mark G. Torchia; [tradução Adriana Paulino do Nascimento... et al.]. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

SALGADO, Gisele Mascarelli. *Os irmãos xifópagos e a teoria do Direito penal: uma discussão pela Filosofia do Direito*. [S.I.], 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9642>, Acesso em: 10 dez. 2018, 16:42:00.

SANTANA, Raquel Santos de . *A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto*. [S.I.], 2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/Adignidade-da-pessoa-humanacomoprincipio-absoluto>, Acesso em: 11 dez. 2018, 15:00:06.

SILVA, Flavia Martins André da. *Direitos Fundamentais*. [S.I.], 2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>, Acesso em: 07 mai. 2019, 17:32:00.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. *Direitos da personalidade*. [S.I.], 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509, Acesso em: 08 mai. 2019, 18:34:20.

SOUZA, Bruno Soares de . *Gêmeos siameses: seqüelas que transcendem o campo da medicina*. [S.I.], 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3851/Gemeos-siameses-sequelasquetranscendem-o-campo-da-medicina> , Acesso em: 10 dez. 2018, 16:13:42.

VERAS, Jonas. *Os gêmeos siameses e as consequências na seara penal*. [S.I.], 2011. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6300/Osgemeossiameses-e-as-consequencias-na-seara-penal> . Acesso em: 10 dez. 2018, 19:33:54.

VIEIRA, Celso Daniel Lelis. *A possibilidade de Interrupção da gestação de gêmeos xifópagos: uma reflexão a luz dos Princípios Constitucionais*. 82 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Católica de Brasília. Brasília – DF, 2010.

ABORTO E MULHERES NEGRAS: A importância do Sistema Único de Saúde

Marselha Evangelista de Souza

*Fundação Educacional de Além Paraíba, Professora de Direito e Cultura e Direito Civil,
Além Paraíba, Brasil,
mar.evangelistasouza@gmail.com*

Geovane Lopes de Oliveira

*Centro Educacional Aprendiz, Barbacena, Professor de
Introdução ao Estudo de Direito e Direito Internacional, Barbacena, Brasil,
geovanelopesoliveira@gmail.com*

RESUMO

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 que tramita no Supremo Tribunal Federal tem como objeto a legalização do aborto, com vistas a permitir que a mulher até a 12ª semana de gestação possa de forma voluntária e induzida interromper a gravidez. O presente trabalho irá abordar os reflexos que essa legalização poderá trazer para as mulheres negras e o importante papel que tem o Sistema Único de Saúde (SUS) para que, a possível legalização do aborto, alcance os resultados pretendidos, quais sejam, a redução de mortes, mutilações e traumas. Utilizando dados e análise bibliográfica o artigo será desenvolvido em três tópicos. O primeiro tópico será sobre aborto como uma questão de saúde pública, no qual serão apresentados os argumentos para que o aborto deixe de ser um assunto criminal para ser tratado como questão de saúde pública. A ideia deste tópico é apresentar dados sobre o aborto e quais os resultados esperados com a legalização. No tópico dois será apresentado o recorte racial, sendo tratado o tema aborto e saúde pública tendo como central às mulheres negras e sua relação com o SUS. No terceiro e último tópico será tratada a relação entre políticas públicas e aborto. Serão estudadas políticas públicas já existentes para população negra e mulheres e o que elas apresentam sobre o aborto. O objetivo desse tópico é ver como as políticas abordam o tema e como elas se relacionam com a possibilidade de legalização. Ao percorrer os tópicos resta claro que o aborto como crime impede a coleta de dados e, por conseguinte a criação de políticas públicas efetivas para ao tratamento da prática que traz graves, e muitas vezes irreversíveis, efeitos para a vida de milhares de mulheres anualmente. É possível concluir, também, que as mulheres negras sofrem mais que as brancas em relação ao aborto e que a

possibilidade de legalização só trará para esse grupo os efeitos pretendidos se junto à legalização vierem políticas públicas ligadas ao SUS.

Palavras-chave: Aborto; legalização; descriminalização; mulheres negras; SUS.

INTRODUÇÃO

Tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que busca a legalização da interrupção da gravidez, de forma induzida e voluntária. O objetivo da legalização é a possibilidade de um aborto seguro, para aquelas que, diante da ilegalidade, se valem de mecanismos precários e mortais. A inicial da ADPF aponta que as mulheres negras juntamente as indígenas, as pobres, as nordestinas e as menos escolarizadas, formam o grupo de mulheres mais atingidas pela criminalização do aborto, compondo um grupo de vulnerabilidade que será beneficiado com a legalização. O objetivo do presente trabalho é analisar os reflexos que essa legalização poderá trazer para as mulheres negras frisando a importância do Sistema Único de Saúde (SUS), para que a possível legalização do aborto alcance os resultados pretendidos, quais sejam, a redução de mortes, mutilações e traumas.

Analisando dados e biografias sobre o tema, o trabalho mostrará como SUS tem atendido as mulheres negras e que a legalização sem a atenção para políticas públicas não será o suficiente. Segundo o IPEA e a Fiocruz, a renda das mulheres negras é menos da metade daquela auferida pelos homens brancos e cerca de 56% dos rendimentos das mulheres brancas, tornando-as as maiores dependentes do SUS, sujeitas, portanto, à suas deficiências. É imperioso perceber, assim, que a legalização do aborto implicará ou no uso dos serviços do SUS ou na persistência no uso de serviços precários.

É assunto de relevância haja vista os dados da Pesquisa Nacional do Aborto de 2016: 12,54% das mulheres urbanas, alfabetizadas, entre 18 e 39 anos, já abortaram ao menos uma vez. Por aproximação, em 2014, 416 mil mulheres teriam realizado aborto. O aborto é, assim, uma realidade brasileira, não sendo apenas comum, mas um evento que permeia a vida de diferentes tipos de mulheres. Além, disso, como aponta a inicial da ADPF nº 442, apesar da clandestinidade do aborto dificultar a coleta de dados, a estimativa é de que metade das mulheres que fizeram aborto no Brasil foram internadas. O aborto é, assim, um assunto que afeta a vida de centena de milhares de mulheres, que impacta diretamente a saúde pública e na perspectiva racial se torna ainda mais relevante o debate.

1. ABORTO COMO QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

O aborto é uma prática que faz parte da organização reprodutiva das mulheres brasileira, não se restringindo a uma raça, classe ou nível de escolaridade, como aponta a Pesquisa Nacional do Aborto de 2016:

É possível observar que o aborto no Brasil é comum e ocorreu com frequência entre mulheres comuns, isto é, foi realizado por mulheres: a) de todas as idades (ou seja, permanece como um evento frequente na vida reprodutiva de mulheres há muitas décadas); b) casadas ou não; c) que são mães hoje; d) de todas as religiões, inclusive as sem religião; e) de todos os níveis educacionais; f) trabalhadoras ou não; g) de todas as classes sociais; h) de todos os grupos raciais; i) em todas as regiões do país; j) em todos os tipos e tamanhos de município. [...] O aborto pode estar associado a um evento reprodutivo individual, mas a prática de aborto está enraizada na vida reprodutiva das mulheres e responde à forma como a sociedade brasileira se organiza para a reprodução biológica e social. (DINIZ, MEDEIROS e MADEIRO, 2017, p. 656)

Mesmo sendo comum em diferentes classes e raças, o aborto criminalizado traz mais prejuízos para mulheres negras e com menor renda, pois essas mulheres acabam por se valer de métodos mais arriscados. A criminalização do aborto não coíbe a prática e afeta a vida de mulheres física e psicologicamente. A ilegalidade leva às mulheres a buscarem métodos inseguros, colocando sua vida e saúde em risco, sendo o aborto uma das principais causas da mortalidade materna no Brasil (BRASIL, p. 9, 2011). Além de vitimar mulheres, a criminalização faz com que agentes imperitos e medicamentos de procedência duvidosa circulem livremente. O aborto não é, dessa forma, um caso a ser tratado no âmbito criminal, mas sim como questão de saúde pública. Essa mudança de perspectiva possibilita um debate em outros termos, ao invés de se discutir a punição de mulheres que não desejam prosseguir com uma gravidez passa-se a discutir de maneira mais eficiente, métodos contraceptivos, educação sexual, melhor atendimento na saúde básica e planejamento familiar.

Tratando-se da ilegalidade do aborto no Brasil, verifica-se que esta favorece o ganho ilícito de pessoas com manobras abortivas e a sociedade permanece enraizada em ideologias favoráveis à criminalização apenas das mulheres, não analisando quem elas são, o risco de morbidade e mortalidade ao praticar o aborto, a eficácia de programas de planejamento familiar e as iniquidades existentes no contexto social do qual as mesmas fazem parte. (ANJOS, SANTOS, V, SOUZAS e EUGÊNIO, 2013, p. 505)

Além da permitir o avanço de ilicitudes e de danos à vida das mulheres, a criminalização do aborto impede que sejam mensurados de forma

mais contundente os danos advindos da prática. De acordo com o Ministério da Saúde, é difícil mensurar os riscos à saúde da mulher em caso de aborto não só do ponto de vista físico (mortes, mutilações, esterilizações etc.) como também emocional, o que não é, como regra, abordado nas pesquisas. O Ministério da Saúde também aponta uma alteração no uso de métodos abortivos, pensar de não se saber ao certo quais os métodos utilizados, a pesquisa desenvolvida mostra que o uso de medicamento¹, cuja utilização se tornou mais comum a partir de meados de 1990, ao invés de métodos mecânicos, levou a uma redução no risco de morte, mas trouxe outros riscos, o que mantém o aborto como prática que ameaça a vida da mulher:

Um dos consensos dos estudos sobre morbimortalidade materna por aborto é o de que o misoprostol modificou o cenário do aborto induzido no país. O uso desse medicamento em casa e o acesso imediato ao hospital para curetagem por aborto incompleto garantiram que as mulheres recebessem assistência rapidamente, reduzindo a gravidade das hemorragias ou infecções. Mas a entrada do misoprostol no cenário dos métodos abortivos não eliminou todos os riscos do aborto induzido em condições inseguras. Nem todas as mulheres têm acesso ao misoprostol, e a descoberta do caráter rentável do mercado ilegal fez crescerem relatos de medicamentos adulterados. A eficácia do misoprostol para provocar o aborto depende da dose e do tempo de gestação, ao passo que os riscos associados ao medicamento dependem desses mesmos fatores e da qualidade imediata da assistência hospitalar oferecida às mulheres. (BRASIL, 2009 p. 30)

O aborto legal caminha junto com a ideia de aborto seguro; seguro do ponto de vista médico com redução de riscos à vida da mulher e seguro do ponto de vista psicológico, pois visa dar assistência à mulher que deseja abortar, para que ela possa tomar a decisão de maneira informada e apoiada. A Organização Mundial da Saúde (OMS) define que “o aborto inseguro ocorre quando a gravidez é interrompida por pessoas sem as habilidades e informações necessárias ou em um ambiente que não se encaixa nos padrões médicos mínimos necessários, ou em ambos os casos”, além disso, a OMS vê o fornecimento de aborto legal e seguro essencial para atingir o desenvolvimento sustentável de um país, juntamente com políticas de contracepção e de tratamento para complicações de abortos inseguros(OMA, 2017).

Há duas hipóteses de aborto legal no Brasil inscritas no art. 128 do Código Penal, a primeira hipótese é o aborto praticado pelo médico, sem a necessidade do consentimento da gestante, em casos em que a vida desta está em risco e a segunda é o aborto nos casos em que a gravidez resulta de

¹ Metade das mulheres que abortam usam medicamentos (Pesquisa Nacional do Aborto, 2016, p. 656).

estupro, tendo aqui a necessidade de consentimento da gestante ou de seu representante legal. Há, ainda, hipótese de exclusão de ilicitude do aborto, por ocasião da decisão do Supremo STF em 2012 (ADPF nº 54) que permitiu o aborto no caso de fetos anencéfalos. O mesmo resultado é esperado pela ADPF nº 442, que a legalização do aborto venha por meio de decisão do STF, já que até o momento no legislativo a pauta ainda não progrediu. A ADPF foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e apresenta como tese o seguinte:

A tese desta Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam, porque violam os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas (Constituição Federal, art. 1o, incisos I e II; art. 3o, inciso IV; art. 5o, caput e incisos I, III; art. 6o, caput; art. 196; art. 226, § 7º). (ADPF, 2017, p.1)

Nas páginas da inicial da ADPF a mulher negra compõe juntamente com as indígenas, as pobres, as nordestinas e as menos escolarizadas, o grupo de mulheres mais atingidas pela criminalização do aborto. Para fundamentar o pedido, a inicial apresenta dados da Pesquisa Nacional do Aborto de 2016 que mostram que as mulheres negras realizam mais aborto que as mulheres brancas² e estão mais suscetíveis à penalização pelo ato, justamente porque se encontram no grupo com maior vulnerabilidade social. A desigualdade racial e de classe afeta diretamente na decisão sobre o desejo e o momento da gestação, o aborto é assim mais comum em mulheres negras e indígenas (15%) em comparação com as mulheres brancas (9%) (ADPF, p.3, 2017). Considerando as mulheres pretas a porcentagem é de 15%, somando pretas e pardas (negras de acordo com o IBGE) o número chega a 29%.

Cediço é que o aborto criminalizado afeta a vida das mulheres negras³ e que a legalização pode dar a elas a oportunidade de realizar um procedimento seguro. Como grande usuária do SUS, a mulher negra precisará do apoio desse sistema caso a legalização ocorra.

³ “Na região Norte, o risco de mortalidade materna em consequência de gravidez que termina em aborto é 1,6 vezes maior do que na região Sudeste. Esse risco para mulheres negras, analfabetas ou semianalfabetas é 2,5 vezes maior do que para mulheres brancas. Nessas primeiras, também a mortalidade materna em consequência de aborto é 5,5 vezes maior do que na categoria de mulheres com 12 ou mais anos de escolaridade (GOLLOP, 2009)” (ANJOS, SANTOS, SOUZAS, EUGÊNIO, p. 511, 2013).

2. MULHERES NEGRAS E O SUS

Quando se pensa na legalização do aborto se pensa, por consequência, em uma estrutura que possa receber as mulheres que pretendem abortar. No caso brasileiro, a legalização permitirá que mulheres que já se utilizam de procedimentos privados possam continuar utilizando, de maneira mais segura e, ainda abre a possibilidade de que planos privados de saúde venham a fornecer o serviço. Contudo, não restará completa a legalização sem que o SUS também forneça o serviço. As mulheres negras compõe o grupo de vulnerabilidade justamente porque, com a ilegalidade, utilizam de métodos precários e mais arriscados. Com a legalização se faz necessário um serviço de qualidade e gratuito para que de fato essas mulheres encontrem a segurança que hoje não têm. A legalização somada a serviços de qualidade para tratarem do assunto leva, para além da redução de mortes ou de traumas, à própria redução do aborto :

A maior parte dos abortos feitos no Oeste e no Norte da Europa e na América do Norte é segura. Essas regiões também têm as menores taxas de aborto. A maior parte dos países dessas regiões também tem relativamente permissivas leis de aborto; altos níveis de uso de contraceptivos, desenvolvimento econômico e igualdade de gênero; assim como serviços de saúde de alta qualidade — fatores que contribuem para tornar os abortos mais seguros. (OMS, 2017)

O olhar sobre a descriminalização vai além de dar à mulher a possibilidade de interromper uma gravidez indesejada, pois possibilita à população discutir sobre reprodução e planejamento familiar, lidar com a sexualidade no nível da saúde e do cuidado, possibilitando uma proteção mais ampla da vida.

Não há como se imputar a redução do número de abortos exclusivamente à descriminalização do procedimento, mas ao que aqui se descreve como proteções amplas à justiça reprodutiva: acesso à informação, ampla oferta de métodos contraceptivos, redução do estigma relacionado aos temas de saúde sexual e reprodutiva, padrões de fecundidade e até mesmo as relações sociais de gênero mais igualitárias. [...] Não há dúvidas de que a descriminalização do aborto e a oferta ampla de proteção à saúde sexual e reprodutiva é medida capaz de reduzir a taxa de gravidez não planejada e, conseqüentemente, de abortos em um país. Dessa maneira, protege outras dimensões da vida das mulheres, como deixá-las livres de violência sexual. (ADPF, p. 51, 2017)

Pacífico, portanto, o papel do SUS no panorama da legalização; pacífico também serem as mulheres negras em grande número as que mais dependem desse sistema, tendo em vista as condições de renda. Agora, é preciso saber como é a relação dessa mulher com o SUS. Não há dúvidas de que o Brasil é um país cujas estruturas reverberam a diferença de tratamento

racial, configurando o chamado racismo estrutural, sendo este fato reconhecido inclusive pela Organização das Nações Unidas em relatório de 2006:

A profunda natureza estrutural do racismo e da discriminação é ilustrada pela identidade da marginalização política, social e econômica com o mapa das especificidades humanas e culturais dessas comunidades. Mais profundamente racismo aborda a questão da identidade cultural manifestada na contradição entre, por um lado, a “folclorização” e “instrumentalização” da cultura e das religiões dessas comunidades como meios de ocultar a realidade do racismo e da discriminação e, por outro, a falta de representação dessas comunidades na mídia e nas estruturas e lugares de poder.(UN, 2006, p.2, tradução livre)

Essa estrutura acaba por permear as instituições, sendo traduzido no racismo institucional⁴ e é aqui que começa-se a perceber que o SUS, como instituição de um Estado estruturalmente racista também é uma instituição racista. O reconhecimento do racismo estrutural e de seus reflexos no atendimento à saúde é fundamental quando se pensa no atendimento à mulher negra. No Brasil, a mulher negra faz menos exames de pré-natal, recebe menos orientação sobre os riscos da gravidez, e as que apresentam o maior índice de mortalidade materna. Assim, discutir como será o aborto caso ocorra a legalização tendo como enfoque o SUS e a mulher negra é de suma importância.

Também há diferenças com relação ao número de consultas pré-natal. A proporção de mães negras com no mínimo seis consultas, conforme preconizado pelo Ministério da Saúde, foi de 69,8%; ao passo que, entre as brancas, essa proporção foi de 84,9%. Em relação à primeira consulta pré-natal, também houve diferenças entre as categorias de raça/cor. Nos três primeiros meses de gestação, realizaram a primeira consulta 85% das gestantes brancas, 73% das negras e 53% das indígenas. A proporção de gestantes¹⁴ que realizou pré-natal e que teve orientação sobre sinais de risco na gravidez foi de 75,2% entre a população de mulheres, sendo que, entre as brancas, 80,8% receberam essa orientação, enquanto 66,1% das pretas e 72,7% das pardas receberam essa mesma informação. [...]De acordo com dados notificados no Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), do

⁴ “Racismo institucional: É ‘o fracasso das instituições e organizações em prover um serviço profissional e adequado às pessoas em virtude de sua cor, cultura, origem racial ou étnica. Ele se manifesta em normas, práticas e comportamentos discriminatórios adotados no cotidiano do trabalho, os quais são resultantes do preconceito racial, uma atitude que combina estereótipos racistas, falta de atenção e ignorância. Em qualquer caso, o racismo institucional sempre coloca pessoas de grupos raciais ou étnicos discriminados em situação de desvantagem no acesso a benefícios gerados pelo Estado e por demais instituições e organizações’ (CRI, 2006, p.17)” (BRASIL, 2016, p. 13)

total de 1.583 mortes maternas em 2012, 60% eram de mulheres negras e 34% de brancas (MS/SVS/CGIAE)” (BRASIL, 2017, p.15)

Não se pode esquecer que no Brasil mulheres negras já foram vítimas e ainda são⁵ de esterilização forçada.

Desde a segunda metade do século XX, na década de 60 um novo elemento seria posto à disposição de racistas eugenistas, as novas tecnologias de controle da fecundidade. Através da interferência nos ciclos hormonais das mulheres, esses métodos abriram novas perspectivas para controle compulsório da fecundidade das mulheres negras, indígenas e asiáticas, para além da esterilização cirúrgica já à disposição (STEPAN, 2005) (WERNECK, 2004). De acordo com o Population Council, em 1990, 69,2% das mulheres brasileiras utilizavam algum método contraceptivo e que deste total 43,9% já estavam esterilizadas. Em 1991, no nordeste do Brasil a esterilização já havia sido feita em 62,9% das mulheres que usavam algum método contraceptivo (ROLAND, 1995). Com isso o movimento de mulheres negras inicia, sob a forma de denúncia, o combate ao genocídio da população negra e à usurpação da liberdade reprodutiva das mulheres. (GOES, MOORE e FIGUEIREDO, 2014, p. 824)

A construção social racista atinge sobremaneira a vida das mulheres negras e os tratamentos de saúde a elas dispensados. A maternidade vivenciada e imaginada para mulheres brancas é diversa das mulheres negras e esse recorte de raça não pode ser esquecido ou menosprezado com o assunto é saúde pública. A mulher negra, sua maternidade, seu corpo, suas escolhas, sempre foram descritos e reproduzidos por pessoas brancas e no debate do aborto não é diferente. Conceição Evaristo (2005) foi, de acordo com Fabiana Silva, quem contemporaneamente chamou

atenção para a quase ausência da representação da maternidade da mulher negra no campo literário do país⁵ e, reiterando o argumento desenvolvido até aqui, escreveu: ‘Quanto à mãe preta, aquela que causa comisseração ao poeta, cuida dos filhos dos brancos em detrimento dos seus. Mata-se no discurso literário a sua prole, ou melhor, na ficção elas surgem como mulheres infecundas e portanto perigosas’ (Evaristo, 2005, p. 2). Nesse contínuo, Evaristo salienta e aprofunda a reflexão que tem como núcleo os vínculos entre um projeto nacional excludente e a literatura. (SILVA, 2018, p.249)

Visto os percalços que a mulher negra tem nos seu atendimento à saúde, cabe chamar a atenção sobre como o aborto legal ocorre no Brasil. O que se vê é que o aborto já legalizado não é facilitado no Brasil, o que gera uma expectativa ruim quando se pensa na ampliação da descriminalização.

⁵ <https://thinkolga.com/2018/06/12/violencia-do-estado-contra-a-mulher-esterilizacao-compulsoria/>

A dificuldade de atendimento encontrada por uma gestante que deseja o filho não é diferente daquela que, diante das hipóteses legais, deseja abortar. São poucos os hospitais que realizam o serviço de aborto legal. Segundo dados da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 60 hospitais estão cadastrados como de referência para a realização do aborto legal no país (10). Em estudo recente, Alberto Madeiro e Débora Diniz (1), identificaram 68 serviços no Brasil, porém apenas 37 deles estavam ativos e realizavam o abortamento em casos de estupro. Dos serviços inativos, 28 disseram que deixaram de fazer o aborto legal e 4 informaram que nunca fizeram. Além disso, tais serviços ainda se concentram nas capitais e grandes regiões metropolitanas dos estados, o que dificulta o acesso de grande parcela de mulheres. Sete estados não possuem serviço ativo de abortamento legal (1 na região Sul, 1 no Centro-Oeste, 2 no Nordeste e 3 no Norte). Além de obstáculos geográficos, outras dificuldades são vivenciadas por mulheres para realizar o aborto, tais como a falta de informação sobre os serviços e sobre a legislação, além de sentimentos como medo e vergonha nos casos de vivência de violência (11, 12) (DIOS, 2014, p. 2)

Importante observar que somente 49 anos após a previsão do aborto em caso de estupro como excludente da ilicitude é que teve hospital apto a realizá-lo, ou seja, meio século para que uma mulher pudesse ter concretizado seu direito a um aborto seguro após um episódio de violência (DIOS, 2014, p.2). Diante disso, a conclusão é a de que a legalização traz para o Estado o dever de oferecer um serviço gratuito de qualidade. Essa política estatal se torna ainda mais urgente quando pensamos nas mulheres negras diante de sua situação de vulnerabilidade socioeconômica e racial.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E O ABORTO

Em 2006 foi aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde, e instituída pela Portaria GM/MS nº 992, em 13 de maio de 2009 a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra (PNSIPN) que tem “como marca reconhecimento do racismo, das desigualdades étnico-raciais e do racismo institucional como determinantes sociais das condições de saúde, com vistas à promoção da equidade em saúde.” (BRASIL, 2016, p. 18) A política visa, assim, mudar o cenário relatado acima, promovendo a saúde integral da população negra, com vistas a redução das desigualdades e o combate ao racismo.

O reconhecimento pelo Estado brasileiro das dificuldades enfrentadas pela população negra, e aqui fazemos o recorte das mulheres negras, já aponta para uma perspectiva de melhora, tornando a ideia da legalização do aborto como forma de melhora da saúde da mulher negra mais contundente. A PNSIPN prevê a responsabilidade das três esferas da federação, Federal,

Estadual e Municipal, para a realização da política, devendo essa ser desenvolvida em 5 eixos:

Eixo 01: Acesso da População Negra às Redes de Atenção à Saúde; Eixo 02: Promoção e Vigilância em Saúde; Eixo 03: Educação Permanente em Saúde e Produção do Conhecimento em Saúde da População Negra; Eixo 04: Fortalecimento da Participação e do Controle Social; e Eixo 05: Monitoramento e Avaliação das Ações de Saúde para a População Negra. (BRASIL, 2016, p.18)

A política percorre questões de saúde física emocional, causas de mortalidade e frequência escolar, na busca de atuar de forma integral na saúde da população negra. Quando o tema mortalidade materna é abordado, o aborto aparece entre essas causas. O que chama a atenção é que, de acordo com as análises que fundamentam a PNSIPN, 90 % dos óbitos, sem qualquer distinção entre as causas, poderiam ser evitados com ações de serviços a saúde. E mais, a causa de mortalidade aborto apresenta um aumento de aproximadamente 30% em relação às mulheres negras, no período de 2000 a 2012 (BRASIL, 2016, p. 42). No caso do aborto, o que pode ser suscitado, como proposto pela ADPF nº 442, é que a legalização levaria à melhores atendimentos de saúde o que reduziria, neste caso, o número de mortes maternas.

Há também a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM) que coloca o gênero como norteador da ação pública em relação à saúde. Desde 1984 o Ministério da Saúde conta com um Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM) e em 2004 foi proposta a PNAISM para superar as lacunas do programa anterior. No tópico “Abortamento em Condições de Risco” é trazida a dificuldade de se mensurar os danos do aborto, devido à ilegalidade, o que dificulta a criação de políticas públicas, sendo fundamental mensurar com mais precisão os danos causados pelo abortamento para a realização dessas políticas. No documento de apresentação da política, é possível ver que o aborto em condições inseguras está entre as principais causas de morte materna e trata também o preconceito e violência institucional recebida pela mulher nos serviços de saúde.

No entanto, pouco se faz para evitar que o aborto se repita, haja vista que as mulheres que tiveram complicações de aborto estão entre as pacientes mais negligenciadas quanto aos cuidados de promoção da saúde reprodutiva e, via de regra, nem são encaminhadas a serviços e profissionais capacitados (HUNTINGTON; PIET-PELON, 1999). (BRASIL, 2004, p. 31)

Há um reconhecimento, assim, por parte do Estado de que a criminalização em nada contribui para a saúde da mulher e por consequência para a saúde da mulher negra, tornando ainda mais contundente o

argumento de que a legalização seria um caminho eficaz para a redução de mortes e demais danos causados à saúde da mulher. O documento até traz uma perspectiva de estabilização do atendimento no SUS advindos de abortamento, pela elevação de uso de métodos contraceptivos e de laqueaduras trombarias, mas finaliza o tema reforçando o prejuízo da ausência de dados para melhor atender às mulheres.

CONCLUSÃO

A ADPF nº442 em trâmite no STF busca a legalização do aborto, para que mulheres, até a 12ª semana de gestação, possam de forma induzida e voluntária interromper a gestação, sem que isso configure crime. Dos vários fundamentos da ação a preservação da saúde da mulher é o que aparece com maior destaque, tendo em vista ser o aborto causa de morte, lesões e traumas. Por ser um método ilegal e, portanto, de prática clandestina é difícil mensurar os danos causados pelo aborto, mas já é possível colocá-lo como uma das principais causas de morte e como uma prática comum na vida das mulheres brasileiras.

Todos os dados sobre o tema apontam para uma necessidade não só de combate ao aborto, como também de uma abordagem mais eficiente em assuntos como métodos contraceptivos, planejamento familiar e assistência à saúde da mulher. A insegurança gerada pela criminalização somada aos dados alarmantes, ainda que incompletos, tornam o debate pela legalização um debate necessário.

As mulheres negras aparecem com integrantes do grupo de mulheres vulneráveis. São as que mais abortam, as que mais morrem e as que são mais punidas pela prática. Para esse grupo é premente a discussão da legalização. Ao pensar na legalização como um avanço para a saúde da mulher negra é necessário se pensar em como o SUS é importante para este grupo.

A atenção da saúde pública para a questão do aborto não apresenta números animadores, há uma grande dificuldade para a prática do aborto legal. Como fica então a relação entre mulheres negras, SUS e aborto?

O Ministério da Saúde possui duas políticas que muito interessam nesse debate. A primeira é a PNSIPN que trata da saúde da população negra e a segunda a PNAISM que trata da saúde da mulher. A primeira política reconhece a vulnerabilidade da mulher negra diante de uma estrutura institucional racista que leva às mulheres negras a terem índices piores do que os das mulheres brancas. A PNSIPN busca sanar as distorções raciais, garantindo assistência integral. Ao tratar do aborto, a PNSIPN mostra como isso afeta mais as mulheres negras do que as brancas.

A PNAISM busca para a mulher um atendimento integral adequado às questões de gênero, sendo assim, não poderia deixar de abordar o tema aborto. Nesta política, mais que na anterior, fica nítido como a criminalização impede o avanço de políticas públicas. A clandestinidade impossibilita o acesso a dados mais detalhados e precisos impactando diretamente na construção de políticas públicas. Em outras palavras, o aborto ilegal dificulta políticas que possam reduzir o aborto e seus danos. Assim, não existe uma política pública que atenda de maneira eficiente e satisfatória o aborto no Brasil.

Diante disso, a legalização, nos moldes trazidos na ADPF nº 442 pode ser o início para o debate sobre o aborto em outros termos, uma vez que a legalização traz de vez para a seara da saúde pública o tema, possibilitando melhor coleta de dados e assim a construção de políticas mais adequadas. Para as mulheres negras o debate legalização tem que caminhar *pari passu* com a ideia de políticas públicas eficientes, uma vez que sem elas corre-se o risco de haver pouca diferença nos dados e na realidade dessas mulheres.

REFEFÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental nº 442/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Rosa Weber. *Processo Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acessado em 7 de junho de 2019, 14:40:07.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica* / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Técnica de Saúde da Mulher. – 2. ed. – Brasília : Ministério da Saúde, 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. *20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil* / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. – Brasília : Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa e ao Controle Social. *Política Nacional de Saúde Integral da População Negra : uma política para o SUS* / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa e ao Controle Social. – 3. ed. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes* / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas.– Brasília: Ministério da Saúde, 2004

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940, Código Penal. *Portal da Legislação*, Rio de Janeiro, dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Violência Obstétrica “Parirás com dor”* Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. Brasília – DF - 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 3510/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 12 abril 2012. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 8 junho de 2019, 10:22:14.

ANJOS, K. F.; SANTOS, V. C.; SOUZAS, R.; EUGÊNIO, B. G. *Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos*. *Saúde em Debate* • Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, p. 504-515, jul/set 2013.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. Ciência e saúde coletiva, Rio de Janeiro, vol.22 no.2, p. 653-660, Fev. 2017.

DIOS, Vanessa Canabarro. *Da clínica da assistência à clínica da perícia: sobre os serviços de aborto legal no Brasil*. IV ENADIR, GT 18 – Moralidades, direitos, religiões e políticas públicas – São Paulo – 2014.

FOLHA informativa- mortalidade materna. *Organização pan-americana de saúde*, Brasília. Agosto 2018. Disponível <em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5741:folha-informativa-mortalidade-materna&Itemid=820> Acesso em 13 de junho de 2019, 09:25:12.

GOES ,Emanuelle F.; MOORE, Hanna; FIGUEIREDO, Juliana. *Mulheres negras, racismo e a (não) garantia dos direitos reprodutivos*. 18º REDOR, Universidade Federal Rural de Pernambuco. P.822-832. Recife – PE. Nov. 2014

IPEA. *Dossiê mulheres negras: retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil* / organizadoras: Mariana Mazzini Marcondes ... [et al.].- Brasília : Ipea, 2013

OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros. *Nações Unidas Brasil*, Rio de Janeiro. 28 de setembro de 2017. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>> Acesso em 8 de junho de 2019, 13:04:44.

SILVA, Fabiana Carneiro da. *Maternidade negra em Um defeito de cor: a representação literária como disrupção do nacionalismo*. *Maternidade negra em Um defeito de cor estudos de literatura brasileira contemporânea*, n. 54, p. 245-275, maio/ago. 2018.

UN. COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *RACISM, RACIAL DISCRIMINATION, XENOPHOBIA AND ALL FORMS OF DISCRIMINATION: Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance*. 28 de fevereiro de 2006. Disponível em <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/113/21/PDF/G0611321.pdf?OpenElement>> Acesso em 9 de julho de 2019, 15:44:02.

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: A autonomia da mulher sobre o próprio corpo diante do atual cenário político conservador

Dara Mazula Pinheiro de Castro

*Universidade Salgado de Oliveira, Graduada em Direito, São Gonçalo, Brasil,
daramazula@gmail.com*

Rafaelle Monteiro de Castro

*Pontifícia Universidade Católica, Doutora em Ciências Sociais, Gávea, Brasil,
faelleuff@hotmail.com*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar a descriminalização do aborto sob a ótica de diversos campos do direito material e processual, como o Direito Penal, Direito Civil e Direito Constitucional, trazendo alguns conceitos e esclarecimentos importantes acerca do assunto. Com isso, objetiva versar acerca da evolução das normas jurídicas de acordo com as mudanças sociais, bem como os projetos de mudanças na legislação vigente. Da mesma forma, pretende expor as prováveis formas para evitar a gravidez indesejada e suas falhas. Além disso, propõe uma reflexão sobre quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto ilegal no Brasil. Por fim, trata sobre o atual cenário político e a influência da Igreja na contemporaneidade e seus possíveis reflexos na questão da legalização do aborto no Brasil.

Palavras-chave: Aborto. Crime. Direito à vida.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade abordar as questões relativas à criminalização do aborto e suas consequências, além de versar sobre a atualidade acerca da questão política conservadora.

Trata-se de um tema que abrange diversas áreas do direito material e processual, como a área penal, quando se fala em crime, área constitucional quando se trata de direitos fundamentais como a vida e a dignidade e, ainda, a área cível, quando se fala sobre o início da personalidade jurídica. Nota-se que diante do tema abordado, todas as áreas mencionadas se interligam.

O assunto a ser explorado possui muita importância, tendo em vista que não se trata apenas sobre a liberdade sexual feminina, mas também versa acerca da autonomia da mulher sobre seu corpo e a garantia de que seus direitos não serão violados. Também é um tema com muita relevância social, pois engloba a questão da saúde pública.

A intenção principal é demonstrar que a criminalização do aborto provoca inúmeras consequências, tais como má-formação fetal devido a tentativa de aborto mal sucedida, infertilidade, abandono, estado de necessidade e morte. Entretanto, a legalização seria uma saída para tais problemas, tendo em vista que a mulher teria o direito de escolher se deseja gerar ou não aquela criança e, ainda, averiguar se possui condições financeiras para isso. Por fim, será feita uma observação sobre o atual cenário político do Brasil.

1 CONCEITOS IMPORTANTES E A VISÃO DO ABORTO PELO MUNDO

Preliminarmente, insta esclarecer alguns conceitos importantes para melhor compreensão do presente artigo, tais como a definição de aborto, como se adquire a personalidade jurídica e o marco inicial e final da proteção penal à vida.

O aborto ocorre com a interrupção da gravidez, que pode ser de forma natural ou induzida. O aborto natural não é punível pelo sistema penal brasileiro, tendo em vista que se trata de fatores biológicos da mulher. Entretanto, o aborto induzido, que pode ocorrer através de procedimentos caseiros como chás, medicamentos e etc. ou em clínicas clandestinas, é punível em casos específicos, como o aborto provocado pela própria gestante ou por terceiro com ou sem consentimento da gestante, previstos na parte especial do Código Penal que versa sobre crimes contra a pessoa, mais especificamente na parte que trata sobre os crimes contra a vida, nos Artigos 124, 125 e 126, com qualificadora em caso de lesão corporal e morte da gestante estabelecida no Artigo 127.

Contudo, a legislação brasileira admite atualmente algumas exceções, tais como o aborto necessário, quando não há nenhuma outra forma de salvar a vida da mulher e aborto quando a gravidez é resultado de um estupro, previstos no Artigo 128, I e II do Código Penal. Além dessas duas exceções, também é permitido o aborto quando se trata de gestação de feto anencéfalo, que não está previsto no Código Penal, mas foi instituído através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/2004.

Sob a ótica do Direito Civil, é válido esclarecer o momento que se inicia a proteção à vida, conforme exposto no Artigo 2º do Código Civil. Trata-se da teoria natalista, a qual é adotada pelo Brasil e estabelece que a per-

sonalidade jurídica se inicia no momento do nascimento com vida. Contudo, essa teoria não é absoluta, tendo em vista que os direitos do nascituro ficam resguardados desde a concepção. Com isso, “Admite que se adquire a personalidade antes do nascimento, ou seja, desde a concepção, ressalvados apenas os direitos patrimoniais, decorrentes de herança, legado e doação, que ficam condicionados ao nascimento com vida” (GONÇALVES, 2012, p.73).

Diante disso, a proteção ocorre a partir da concepção, mas a proteção penal à vida só tem início a partir da nidação e seu fim ocorre no momento do parto, tendo em vista que após o nascimento fica impossível a realização do aborto e, por isso, a morte do bebê é caracterizada como homicídio ou infanticídio.

É importante saber como os países do mundo tratam sobre esse assunto em razão de observar o desenvolvimento econômico e social de cada um. O primeiro grupo é composto por países onde o aborto é totalmente proibido, não permitindo nenhum tipo de exceção. Já o segundo grupo é constituído por países onde a prática é permitida apenas para preservar a saúde da mulher e para evitar a sua morte. O terceiro grupo permite a realização do aborto em razão da preservação da vida e da saúde da mulher e, ainda, por motivos socioeconômicos. Por fim, o quarto grupo não possui restrição de motivos para que o aborto seja realizado. Contudo, alguns países dentro de cada grupo possuem exceções e limites gestacionais.

2 LEGISLAÇÃO E AVANÇOS SOCIAIS

Com o passar dos anos, a legislação precisa evoluir para acompanhar a evolução social. Diante disso, a luta por direitos começou no Século XVII com a Revolução Inglesa e perdura até os dias atuais. Porém, durante esse tempo, é válido ressaltar algumas mudanças importantes com relação às mulheres, que só conquistaram um espaço maior após a Declaração Universal dos Direitos Humanos no Século XX. Antes deste fato só existia uma classe, conhecida como classe dos homens e, por isso, as mulheres eram vistas como “homens incompletos”.

Com o crescimento do movimento feminista, a visão das mulheres como “homens incompletos” se exauriu e as mulheres passaram a ser vistas como seres independentes do homens, com suas próprias peculiaridades. Mas, mesmo diante dessa grande conquista, ainda eram vistas como inferiores e frágeis, levando em consideração os fatores biológicos a maternidade e, por isso, nasce a ideia de submissão aos homens.

Com o avanço do tempo foi possível ver a conquista feminina do acesso aos anticoncepcionais e a saúde feminina. Contudo, o Brasil era muito

influenciado pelo catolicismo, justamente pela ideia da mulher ser submissa ao homem e ser tratada apenas como ser reprodutor.

A Constituição de 1891 mantinha reduzida a capacidade jurídica da mulher que era casada, sendo vista como ser relativamente capaz, tendo em vista que precisava de assistência do marido para exercer atos simples da vida civil.

Durante a era Vargas houve um retrocesso diante de todas as conquistas alcançadas até o momento, pois ao casar, a mulher automaticamente renunciava a sua capacidade. Mas, em momento posterior, a Constituição de 1934 avançou em relação a igualdade de gênero, pois trazia em seu texto a garantia de que todos eram iguais perante a lei, sem distinções.

Atualmente, existem alguns projetos para alterar a legislação vigente. Um deles é o projeto de lei 236/2012, que tem o intuito de reformar o atual código penal, prevendo penas mais rígidas aos diversos tipos de crime de aborto e inclui a exceção do aborto de feto anencéfalo. Contudo, a grande mudança que esse projeto traz é a inclusão de mais uma exceção ao crime de aborto, dizendo que o aborto praticado até a 12ª semana de gestação não será considerado crime. Com isso, é importante ressaltar que até a 24ª semana de gestação o feto não sente dor, pois não possui as conexões nervosas do cérebro formadas. O projeto de emenda à constituição tinha, inicialmente, o objetivo de alterar o período de licença-maternidade em conjunto com o projeto de emenda constitucional 58/2011, de idêntico conteúdo. Entretanto, o referido projeto ganhou repercussão após sofrer alteração no texto, o qual foi acrescentado o trecho “a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção”. Diante disso, a problemática gira em torno da proibição de todos os casos de aborto legal previstos, pois não admite nenhum tipo de exceção.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental 442 tem como objetivo garantir o cumprimento dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal e, por isso, pede que os artigos 124 e 126 do Código Penal não sejam recepcionados pela Carta Magna.

O estatuto do nascituro é um projeto de lei que tem como objetivo acabar com a hipótese de aborto legal de gestantes que sofreram violência sexual e prevê, ainda, a vulgarmente chamada “bolsa estupro”, onde o esturador será obrigado a custear a criança com um salário mínimo até os 18 anos de idade e, caso não seja possível indentificá-lo, o Estado ficará responsável pelo pagamento. Como se já não bastasse a crise financeira atual, o Estado ainda terá que arcar com custos de um crime. Além disso, esse projeto não leva em consideração a saúde psicológica da mulher que sofreu o estupro, sendo a mesma obrigada a manter a gestação.

Cumpra esclarecer que conforme a sociedade evolui, é necessário que as normas jurídicas também evoluam para acompanhá-la. Por isso, fala-se em norma legítima, a qual abrange os costumes sociais. Além dessa especificação, existe também a norma legal, que deriva do direito posto. Contudo, nem toda norma legal é legítima, tendo em vista que a lei pode estar vigente, mas não se aplicar mais aos costumes atuais da sociedade.

3 SAÚDE PÚBLICA E AS MULHERES CRIMINALIZADAS PELA PRÁTICA DO ABORTO

Diante de tudo que foi exposto até o momento, fica claro que não se trata apenas de uma questão legal, mas também de saúde pública, visto que enquanto o aborto for criminalizado, o índice de mortes de mulheres decorrentes de abortos clandestinos aumenta. Contudo, a consequência morte não é absoluta, pois as tentativas de aborto também podem causar má-formatação fetal e impossibilidade de engravidar novamente.

Existem inúmeras possíveis soluções para evitar que a mulher opte pelo aborto clandestino. São os chamados métodos pré e pós-concepção. Entretanto, todas essas soluções são falhas, conforme elucidado a seguir.

Como método pré-conceptivo, existem inúmeros contraceptivos, como anticoncepcionais orais combinados, pílulas de progestógenos, injetáveis mensais combinados, injetáveis apenas com progestógenos, dispositivo intrauterino, sistema intrauterino liberador de levonorgestrel, anel vaginal, adesivo transdérmico, implante subdérmico, preservativo masculino, preservativo feminino, capuz cervical, esponjas, espermicidas, métodos baseados na percepção da fertilidade, lactância com amenorreia, esterilização cirúrgica e contraceptivos de emergência. Porém, mesmo com essa farta lista de opções para evitar a gravidez, não há que se falar em proteção absoluta, tendo em vista que todos esses métodos possuem uma porcentagem de falha, além de alguns serem inacessíveis pelo sistema único de saúde e possuírem alto custo, privando mulheres carentes de utilizá-los.

Já como métodos pós-concepção, pode-se falar em manter a gestação e adoção. Manter a gestação quando não se pode ou não se quer ter o bebê pode ser um grande problema devido a vários fatores, tais como a falta de dinheiro, o que faz com que a criança perca parte de sua infância tendo que trabalhar para ajudar a custear as despesas da casa, pulando etapas e, pior, na maioria das vezes deixando de estudar. Fato esse que, comumente nas comunidades carentes, faz com que a criança veja oportunidade de proporcionar uma melhor “qualidade de vida” para ela e a família e acaba entrando cedo para a vida do crime e se tornando estatística.

Outra questão que envolve a manutenção da gestação é o abandono de crianças na rua, onde muitas vezes é a única saída que a mãe encontra por não ter recursos para criar seu filho, fazendo com que a criança se torne um ser invisível nas ruas, tendo em vista que a maior parte da sociedade passa pela criança pedindo esmola e apenas finge que não vê. O que é bastante triste, pois traz a seguinte reflexão: vale a pena pôr uma criança no mundo para ser submetida a esse tipo de tratamento desumano?

Também há o chamando abandono paterno, que é bastante comum, pois muitas vezes o pai abandona a mãe grávida ou nos primeiros meses de vida do bebê, deixando-a sem nenhum suporte emocional e financeiro e, ainda, sem poder trabalhar e passando necessidades. Além disso, a criança cresce sem a figura paterna, o que pode causar vários problemas emocionais e psicológicos nela, devido a ausência do pai em datas importantes, como em festividades escolares, dia dos pais, entre outras.

Outra medida pós-gestação é a questão da adoção, tendo em vista que nem todas as crianças disponíveis em abrigos são adotadas, pois a maioria dos adotantes escolhem crianças com a cor de pele branca e com menos de 7 anos de idade. Embora as crianças sejam bem cuidadas nos abrigos, possuem uma vida incompleta, pois além de não uma família para lhes dar amor e carinho, tem prazo para habitarem os abrigos, tendo em vista que aos 18 anos completos precisam sair de lá.

É muito importante desfragmentar a imagem de criminosa quando se fala em uma mulher que aborta, tendo em vista que são mulheres comuns, que trabalham e estudam, que possuem família e vida social. A gravidez não planejada pode acontecer com todas as mulheres em idade fértil e nenhuma está isenta desse risco, salvo se não praticar relações sexuais ou for infértil. Antes de julgar qualquer mulher que optar por executar o aborto, é relevante que se considere que a lei, religião, sociedade, família, amigos, companheiro e ninguém têm absolutamente nada a ver com as escolhas dela sobre seu próprio corpo.

A grande maioria das mulheres que abortam possui entre 20 e 24 anos de idade, são de raça parda, já têm outros filhos, são casadas, adeptas ao catolicismo e possuem ensino médio completo. Cabe ressaltar que a maior parte dos abortos é realizado na região sudeste do Brasil.

4 O CENÁRIO POLÍTICO ATUAL E A INFLUÊNCIA DA IGREJA NA CONTEMPORANEIDADE

É notável que desde a antiguidade a Igreja possui influência sobre o Estado. Entretanto, com a instituição do Estado Laico, viu-se uma forma de separar política e religião. Contudo, no atual cenário político, é cada vez mais

visível uma grande intervenção religiosa nas decisões proferidas de cunho político-social. O atual governo aparenta ser bastante conservador, o que, de certa forma dificulta a busca pela legalização do aborto.

Diante disso, pode-se citar três personagens, sendo eles Damares Alves (Ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos), Wilson Witzel (Governador do Estado do Rio de Janeiro) e Jair Bolsonaro (Presidente do Brasil), tendo em vista a posição de todos acerca do assunto em questão e, ainda, assuntos correlatos.

A Ministra Damares Alves se posiciona de maneira conservadora diante das questões que são pauta da causa feminista, argumentando que se preocupa com a ausência da mulher em casa. Desta forma, faz menção de que a mulher precisa cuidar do lar enquanto o companheiro trabalha. A Ministra deu uma declaração antes mesmo de ocupar o cargo dizendo que está na hora da Igreja governar e ainda, se posiciona contra a realização do aborto em qualquer circunstância.

O atual Governador do Estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, é ex-juiz federal e favorece a morte de qualquer pessoa que esteja portando um fuzil, independente de apresentar qualquer tipo de ameaça, justificando que a polícia deve fazer o correto, que é “mirar na cabecinha e fogo! Para não ter erro”.

O Presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, declarou publicamente que é a favor do trabalho infantil, argumentando que tal fato não prejudica as crianças. Bolsonaro disse ainda que se o Congresso Nacional aprovar o projeto de lei que facilita a realização do aborto, o mesmo será vetado por ele, sob justificativa de ser cristão.

Diante do exposto até aqui, abre-se um leque de problemas correlacionados diretamente com a legalização do aborto. Inicialmente, diante dos diversos posicionamentos da Ministra Damares, pode-se notar que suas declarações são baseadas estritamente em sua religião, tendo em vista que os coloca da mesma forma como a sociedade tratava a mulher no passado conforme mencionado no item 2 deste artigo. Além disso, quanto à questão da mulher ficar em casa apenas cuidando do lar, cabe a cada pessoa definir o que é melhor para si, sabendo que essa escolha só é possível devido à luta pela igualdade. No mais, acerca da vedação total ao aborto, a Ministra não propõe nenhum tipo de solução para tal problema e, a partir daí, crianças seriam colocadas no mundo sendo indesejadas.

A partir desse momento o problema começa a ganhar grandes proporções, tendo em vista a pobreza, motivo pelo qual muitos jovens se envolvem com o tráfico em busca de uma “vida melhor” e, por essa escolha errada, ficam sujeitos à morte em todo tempo, principalmente no Rio de Janeiro,

onde a violência é extrema e o Governador, ao invés de criar políticas públicas de inclusão para esses jovens terem mais oportunidades, deu uma clara autorização para matar.

Contudo, há argumentos de que a posição do Presidente da República sobre o trabalho infantil não está equivocada. Entretanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente veda completamente todo e qualquer tipo de trabalho para crianças e adolescentes, salvo a partir dos 14 anos na condição de aprendiz. Tal vedação se dá em proteção ao direito da criança e do adolescente à educação e seu desenvolvimento, bem como à cultura, esporte e lazer.

Portanto, fica evidente que um governo extremamente religioso, que viola as barreiras do Estado Laico, completamente machista e opressor, não representa nenhum tipo de evolução quanto à causa da legalização do aborto no Brasil. Com isso, pode-se observar um cenário de retrocesso.

CONCLUSÃO

É notável que com o passar dos anos, as mulheres obtiveram a conquista de diversos direitos. Entretanto, é necessário continuar a luta por mais direitos perante a sociedade atual, sendo um deles a legalização do aborto.

Considerando o que foi narrado até aqui, foi observado que embora existam diversos tipos de métodos contraceptivos e que todos eles possuem um índice, mesmo que mínimo, de falha. Portanto, não há como afirmar que basta se prevenir para evitar uma gravidez.

Fica evidente que não existem motivos para que o aborto continue sendo proibido no Brasil. É válido mencionar que não é o objetivo que o aborto se torne um método contraceptivo, mas uma forma de evitar a morte da gestante em uma tentativa clandestina de aborto, além de todo sofrimento consequência de uma gravidez mantida de forma indesejada ou de uma tentativa de aborto mal sucedida e suas consequências como má-formação fetal ou infertilidade.

As mulheres não têm que se submeter a tratamentos desumanos e degradantes nos chamados “açougues” por não possuírem renda para arcar com os custos de uma clínica (ilegal) um pouco melhor e com mais estrutura e, também, não têm que se arriscar dentro de casa, sentido dor e todos os outros sintomas físicos e psicológicos que o aborto provoca, apenas porque a legislação é retrógrada e os atuais representantes que estão no exercício do poder não são a favor da prática.

É importante destacar que com a legalização do aborto, a prática não deve ser banalizada. A legalização deve ocorrer junto com uma sistemática de acompanhamento psicológico para a mulher ter o auxílio necessário e ver se é

realmente isso que deseja fazer. Logo após, o acompanhamento médico necessário para executar o aborto de forma segura.

Com um olhar voltado para a criança, é óbvio que a falta de um pai não é apenas um dado em branco no seu registro ou ausência de pensão alimentícia, mas é a falta da presença física da figura paterna, a ausência de carinho e atenção. Além disso, não há dúvidas de que uma criança não deve ser submetida a trabalho infantil, apesar do atual Presidente da República defender que “não prejudica as crianças”.

Outrossim, a maioria das crianças carentes entram para o crime como uma forma de ajudar a família, o que é entristecedor, tendo em vista tamanha desigualdade e falta de inclusão social, ficando todos os dias à beira da morte.

Resta claro que muitos direitos referentes às mulheres já foram conquistados, mas ainda existem muitos à serem conquistados e o aborto legalizado é apenas um deles. Não se trata de somente de empoderamento, mas de poder exercer o direito de escolha e a autonomia da vontade sobre si mesma, o que já é um princípio fundamental.

Ademais, o Código Penal está ultrapassado, tanto que atualmente existem diversas legislações complementares, não restando dúvidas de que merece ser reformado para se adequar a sociedade atual.

Portanto, as mulheres não merecem ser submetidas a tratamentos desumanos e degradantes por causa de uma escolha que fizeram sobre o próprio corpo, enquanto as crianças não merecem crescer nas ruas abandonadas, sem a figura paterna ou em abrigos e, ainda, tendo que se submeter ao crime para ter o que comer.

Desta forma, é desanimador vivenciar um período político extremamente conservador, onde o atual Presidente defende o trabalho infantil, Ministra da mulher, família e direitos humanos se posiciona contra o aborto em qualquer situação e o Governador do Rio de Janeiro segue uma regência de extermínio.

Por fim, todos estão cientes que o aborto já acontece frequentemente e que inúmeras mulheres morrem devido ao procedimento não ser feito de forma correta com assistência médica adequada. Por isso, fica a seguinte reflexão: como é possível ser a favor da pena de morte e contra a legalização do aborto, onde haverá segurança para a mulher e nenhum tipo de dor para o feto?

REFERÊNCIAS

BRASIL. PEC 181/2015. *Altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição*

Federal para dispor sobre a licença-maternidade em caso de parto prematuro. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449>>. Acesso em: 30 ago. 2019, 14:40:00.

BRASIL. *Cadastro Nacional de Adoção.* Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 30 ago. 2019, 10:25:00.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 27 ago. 2019, 15:45:00.

BRASIL. *Decreto-Lei 2848/1940.* Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 01 set. 2019, 18:03:00.

BRASIL. *Lei 10406/2002.* Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 01 set. 2019, 18:16:00.

BRASIL. *Lei 8069/1990.* Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 02 set. 2019, 21:50:00.

BRASIL. ADPF 442. *Pedido de não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal*, Distrito Federal. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 23 ago. 2019, 09:23:00.

BRASIL. Projeto de Lei 478/07. *Estatuto do Nascituro.* Disponível em:

<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584>. Acesso em: 30 ago. 2019, 14:55:00.

BRASIL. Reforma do Código Penal Brasileiro. *Projeto de Lei 236/2012.* Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 30 ago. 2019, 15:10:00.

BRASIL. ADPF 54. *Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 54 DF. DOU 29.04.2013. Min. Marco Aurélio.*, Brasília. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2019, 14:20:00.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *Leis Sobre o Aborto no Mundo.* Disponível em:

<<https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/2014AbortionMapES.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2019, 21:12:00.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO; COORDENAÇÃO DE DEFESA DE MULHER DOS DIREITOS HUMANOS. *Entre a morte e a prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/c70b9c7926f145c1ab4cfa7807d4f52b.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019, 11:18:00

DINIZ, D.; MEDEIROS, M.; MADEIRO, A. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*. In: . Brasília: [s.n.], 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019, 11:43:00.

DIMENSTEIN, G. *Um tapa de Bolsonaro nas feministas e LGBTs*, 2018. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/colunas/dimenstein/dimenstein-um-tapa-de-bolsonaro-nas-feministas-e-lgbts/>> Acesso em 01 set. 2019 20:16:00.

FINOTTI, M. *Manual da anticoncepção*. São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://armazendaciencia.files.wordpress.com/2017/08/manual-anticoncepcao-febrasgo-2015-pdf.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2019, 22:16:00.

FRANCO, B. M. “É o momento da igreja governar”, disse nova Ministra de Bolsonaro, 2018. Disponível em: <<https://blogs.oglobo.globo.com/bernardomello-franco/post/e-o-momento-de-igreja-governar-disse-nova-ministra-de-bolsonaro.html>> Acesso em: 01 set. 2019, 20:35:00.

FRANCO, L. *Maioria dos jovens do RJ entra no tráfico para ajuda a família*, 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2018/07/jovens-do-rj-entram-no-trafico-para-ajudar-familia-e-ganhar-muito-dinheiro.html>> Acesso em: 02 set. 2019, 21:29:00.

GAZETA DO POVO. *Bolsonaro: “Se Congresso aprovar projeto sobre aborto, eu veto”*, 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/bolsonaro-se-congresso-aprovar-projeto-sobre-aborto-eu-veto-8nweagw1nj2obl6sdcunosrx9/>> Acesso em: 01 set. 2019, 21:33:00

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JEFFREYS, B. *Fetos não sentem dor antes de 24 semanas de gestação, diz estudo britânico*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/ciencia/2010/06/100625_feto_dor_mv>.

Acesso em: 02 set. 2019, 21:09:00.

MARCHÃO, Talita. *Problema não é religião, diz especialista sobre Ministro evangélico do STF*, 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/06/04/aceno-de-bolsonaro-a-cristaos-esquece-papel-de-servidor-publico.htm>> Acesso em: 04 set. 2019, 20:47:00.

MAZUI, G., SOUSA, Y. “*Nós queremos Brasil sem aborto*”, diz futura ministra de Mulher, Família e Direitos Humanos, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/12/06/nos-queremos-brasil-sem-aborto-diz-futura-ministra-de-mulher-familia-e-direitos-humanos.ghtml>> Acesso em: 01 set. 2019, 21:08:00.

METRÓPOLES. *Nova ministra dos Direitos Humanos: “É o momento de a Igreja governar”*, 2018. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/politica-br/nova-ministra-dos-direitos-humanos-e-o-momento-de-a-igreja-governar>> Acesso em: 01 set. 2019, 20:57:00.

PORTINARI, N. *Com apoio de Damares, deputados relançam frente “pró-vida” que é contra aborto em todas as situações*, 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/com-apoio-de-damares-deputados-relancam-frente-pro-vida-que-contraborto-em-todas-as-situacoes-23554191>> Acesso em 01 set. 2019, 20:00:00.

REDE BRASIL ATUAL. *Manobra de evangélicos aprova criminalização de aborto até em estúpos*, 2018. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2017/11/manobra-da-bancada-evangelica-leva-a-aprovacao-de-emenda-que-proibe-todo-tipo-de-aborto>> Acesso em: 04 de set. 2019, 21:23:00.

REUTERS. *Bolsonaro defende trabalho infantil: “não prejudica as crianças”*, 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/em-live-bolsonaro-afirma-que-trabalho-nao-atrapalha-criancas/>> Acesso em 01 set. 2019, 20:07:00.

SILVA, L. M. B. *Você sabe o que é Estado Laico?*, 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/estado-laico-o-que-e/>> Acesso em: 01, set. 2019, 20:42:00.

TRUFFI, R. *Governador do RJ volta a defender que PMs atirem “para matar”*, 2019. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/politica/6336909/governador-do-rj-volta-defender-que-pms-atirem-%3Fpara-matar%3F>> Acesso em: 01 set. 2019, 21:19:00.

UOL. *Aborto masculino: por que essa expressão tem ganhado força nas redes?* 2018. Disponível em: <<https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2018/08/23/aborto-masculino-por-que-nao-falamos-sobre-abandono-paterno.htm>>. Acesso em: 22:37:00.

VEJA. *Wilson Witzel: “a polícia vai mirar na cabecinha e...fogo”*, 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/wilson-witzel-a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo/>> Acesso em: 01 set. 2019, 21:26:00.

WOLKMER, A. C. *Legitimidade e Legalidade: uma distinção necessária*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 31, n. 124, outubro/dezembro 1994.

HUMANISMO JURÍDICO, TRANSMISSÃO DO HIV/Aids E DIREITO SISTÊMICO

Monica Paraguassu Correia da Silva

*Universidade Federal Fluminense-RJ, Professor do Departamento de Direito Público e do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Faculdade de Direito.
monica.paraguassu.uff@gmail.com*

RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar um estudo sobre a perspectiva filosófico-jurídico-penal-constitucional da transmissão do vírus da imunodeficiência humana (HIV)/síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS) e a necessidade de medidas preventivas de educação-informação. O estudo foi feito a partir das perspectivas das disciplinas do humanismo jurídico, da política criminal, da psicologia e da mecânica quântica, com base no direito sistêmico, forjado nas três ordens do amor da filosofia-psicologia de Bert Hellinger, chamada constelação familiar. Este artigo é o resultado do estudo feito pela autora, reproduzido no livro *A transmissão do HIV/Aids no humanismo jurídico*, publicado pela Editora Eduff a partir da aprovação no edital de 2013.

Palavras-chave: humanismo jurídico; transmissão do HIV/Aids; direito sistêmico

INTRODUÇÃO

Para o desenvolvimento da reflexão crítica sobre o objeto deste trabalho, qual seja, o problema da transmissão do HIV/Aids em meio às respostas tradicionais voltadas à criminalização segundo política criminal punitiva, são buscadas respostas que possam nortear uma política criminal com relevo preventivo, e nesse sentido, mais de acordo com as bases do humanismo jurídico. O percurso nesse estudo é o de salientar a hipótese da necessidade da ênfase da importância da prevenção por meio de medidas de informação e educação sobre aquela transmissão, como sendo capazes de permitir a concretização do direito à informação e à não discriminação para além dos clichês em moda, de forma que a responsabilidade sobre as próprias condutas, que desencadeiam em contaminação, seja a realidade. Isto, partindo das bases do Estado Democrático e de Direito como o único campo em que pode haver o humanismo jurídico.

Sendo assim, para a análise do objeto se pretende colocar em foco a efetivação da perspectiva da universalização dos direitos humanos, conside-

rando as referências da realidade social das relações afetivo-sexuais consensuais, bem como a necessidade de superação do 'sentimentalismo tóxico', que sustenta a vitimização ou o coitadismo, que afugenta responsabilidades individuais. As particularidades próprias ao binômio da questão relações sexuais consensuais e transmissão do HIV/Aids levam à necessidade de superação do *mindset* fixo para um *mindset* de crescimento, e portanto, à uma mudança de mentalidade de forma a fazer com que a responsabilidade do indivíduo o situe em seu estado adulto.

A metodologia utilizada neste trabalho é identificada como sendo a de um estudo jurídico, teórico e interdisciplinar. A interdisciplinaridade está nas referências do humanismo jurídico de Delmas-Marty e dos termos jurídico-filosófico-psicológico do direito sistêmico da filosofia-psicologia de Bert Hellinger, conhecida como constelação familiar, cujas leis são as da hierarquia, do pertencimento e do equilíbrio. Tais referências podem permitir fundamentação teórica com medidas preventivas para o problema da transmissão em questão, trazendo a vítima para dentro do processo de respostas de política criminal, ao tempo em que é possível afastar as medidas punitivas do direito penal do emaranhado (PARAGUASSU, 2019).

Dessa forma, como consequência, a vítima passa a ser recolocada no processo penal como sujeito ativo, superando o que se chama de emaranhamento (termo trazido da mecânica quântica) dentro dessa filosofia, já que participa de forma consensual da relação sexual em que houve a transmissão do vírus. Nessa reflexão, são tomadas, então, as referências da vítima ativa dentro do processo penal, com a possibilidade de perdão como também de reconhecimento de seu consentimento ou auto colocação em risco da teoria da imputação objetiva, evitando, por fim que se crie a condição de exclusão em relação ao parceiro.

O artigo traz alguns dos principais resultados da pesquisa que foi desenvolvida sobre o tema, a partir de 2000, que se desencadeou em livro publicado em 2018, pela editora da UFF, Eduff, mediante seleção feita pelo edital de 2013.

Antes de passar ao desenvolvimento do artigo, esta introdução é finalizada apontando as três partes da abordagem aqui presente, que se intitulam de forma crescente como sendo as seguintes: 1 – Em busca de uma resposta conciliadora na situação de transmissão do HIV/Aids em relações afetivo-sexuais; 2 – Direito constitucional à não discriminação e o medo; 3 – O risco compartilhado nas relações afetivo-sexuais e o HIV/Aids; 4 – O espaço para o perdão na relação entre hierarquia e pertencimento e Conclusão ou Para ir mais além.

1 EM BUSCA DE UMA RESPOSTA CONCILIADORA NA SITUAÇÃO DE TRANSMISSÃO DO HIV/AIDS EM RELAÇÕES AFETIVO-SEXUAIS

O que acontece com os agressores? De onde vem essa necessidade humana de vingança? Essa indignação simplesmente brota no peito? Eu notei que, normalmente, a indignação não vem das vítimas, mas daqueles que se acham no direito de representar as vítimas. Eles reclamam ilicitamente para si o direito de ficar zangados com os agressores, sem ter passado pelo sofrimento. Como recebem o apoio da maioria, nem mesmo correm o risco de serem responsabilizados pelo desejo de vingança contra os agressores. Aqui existe uma curiosa semelhança entre os indignados e os agressores, exatamente aqueles que são criticados. Os primeiros consideravam-se superiores e por isso se sentiram no direito de atacar e aniquilar os outros (HELLINGER, 2007^a,p129).

A questão da transmissão do HIV/Aids, segundo o modelo de política criminal Estado-Sociedade Liberal, portanto, do Estado Democrático e de Direito, permite a perspectiva do humanismo jurídico (DELMAS-MARTY,1992). Dessa forma, permite uma compreensão da aplicação de infrações e de sanções de forma a atender os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Neste sentido, a questão se insere na necessidade de um olhar não voltado propriamente à punição, mas à prevenção, com resposta restauradora-conciliatória, portanto, a mudança do *mindset* fixo (DWECK, 2017), de forma a evitar que se formem emaranhamentos em relação a excluídos.

Sendo a transmissão do HIV/Aids uma questão complexa por envolver indivíduos portadores de vírus ou/e de doença que, portanto, tem a saúde atingida, possui agentes em situação de fragilidade, sendo então a resposta restauradora-conciliatória a adequada, capaz inclusive de exercer uma tarefa pedagógica. Isto leva ao abandono de situações de estigmatização de comportamentos e grupos, ao mesmo tempo em que deve gerar repercussões em mudanças de atitudes de forma a que o indivíduo passe do estado criança para o estado adulto. Isso significa que deverá passar para o estado em que assume suas responsabilidades, logo, despidas do que Dalrymple chama de 'sentimentalismo tóxico' (2015), que conduz o indivíduo à situação de vitimização.

O direito sistêmico é um meio que vem sendo construído com esse caráter de busca de respostas restauradoras-conciliatórias. Consiste de um direito associado a um instrumental fenomenológico e teórico da filosofia-psicologia de Bert Hellinger, conhecido enquanto terapia da constelação familiar. A interdisciplinaridade é colocada também em perspectiva nas referências do humanismo jurídico de Delmas-Marty(1992).

Essa perspectiva terapêutica se apresenta alinhada na forma de três leis ou ordens do amor, a saber, hierarquia, equilíbrio e pertencimento. A

busca de tal alternativa aparece na tentativa de reconstrução das relações interpessoais afetivo-sexuais, tal como no caso de transmissão do HIV/Aids, que estão atingidas por lesões advindas por conflitos, reconstrução essa de forma a superar a visão de vingança entre opositores, da vingança contra seu agressor, portanto, de forma a evitar emaranhamentos, e por fim, exclusões.

O direito constitucional à não discriminação, de forma a superar o velho medo do outro, deve estar associado ao direito à informação-educação, conforme é abordado abaixo.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL À NÃO DISCRIMINAÇÃO E O MEDO

O medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivo claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la. “Medo” é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito _ do que pode e do que não pode _ para fazê-la parar ou enfrenta-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance (BAUMAN, 2008, p8).

A falta da fala sobre determinado assunto vincula o silêncio à não efetivação do direito à igualdade e à não discriminação, e assim, o resultado é o de produção de emaranhados, segundo o direito sistêmico. Historicamente, práticas foram consideradas *mal-ditas*, portanto, não faladas ou faladas de forma negativa ou insuficientemente faladas, reveladas, trazidas à tona ou à compreensão, o que leva a situar o autor das práticas como o outro. Assim sendo, a educação aliada à informação está no processo de esclarecimento, como forma de jogar luz sobre o desconhecido, o *maldito*, o outro. É possível refletir sobre a natureza humana em relação à educação ou à sua falta, na metáfora da caverna de Platão, em que homens permanecem no erro, como que amarrados sem poder olhar para fora dos limites que lhes aprisionam, se fazendo submeter, assim como na fábula de Orwell.

Duas variáveis estão presentes à compreensão da violência no grupo social, portanto, a harmonia e o conflito. Ou se considera que a sociedade vive pela gestão harmônica e a violência ocorre eventualmente, ou a sociedade é de conflito e a violência ocorre porque a humanidade gera sempre um resto (FORBES, 2005), fruto da vontade, do desejo potencial, e dessa forma, existe sempre o medo do outro. A possibilidade de conciliação, conforme explica Rouland (2003, p 123), está presente quando há vínculos preexistentes, portanto quando o outro não é tão o outro, aquele tão distante, tão diferente:

Nossas sociedades modernas não escapam à regra. A guerra civil é sempre apresentada como um mal superior à guerra entre estrangeiros.

De outro lado, todas as experiências que tendem a favorecer os procedimentos de solução dos conflitos baseados mais na conciliação do que no julgamento mostram que eles alcançam melhor resultado ainda quando as partes possuem vínculos preexistentes (de parentesco, afetivos, associativos, residenciais etc.): apesar de suas aparências pacíficas e da ritualização da violência que opera, o processo é mesmo um tipo de guerra, em todo caso um combate.

O acesso à informação sobre o HIV/Aids deve superar o medo, pois que este pode alcançar dimensões maiores pela via da epidemia. Como está presente na história das humanidades, temos o exemplo medieval, em que a epidemia comparecia como razão para o medo ao lado de seus complementares, como o da fome, o da violência, o do outro e o do além, num ciclo vicioso do medo (DUBY, 1995).

A sociedade no seu processo constante de construção do humanismo jurídico precisa criar estratégias constantes de enfrentamento das dificuldades, tais como para o combate à discriminação, que no limite implica em evitar emaranhamentos e exclusões. O caminho para isso passa pelo direito constitucional à informação-educação, na medida em que se teme de forma desmedida o que não se conhece. Tal como diz Bauman, o medo difuso é assustador, dada a sua incerteza e a nossa ignorância.

Dessa forma, a superação dos riscos de epidemia impõe a necessidade de uma política pública de saúde coletiva voltada ao atendimento do direito à informação-educação. A promoção da saúde implica em institucionalização da gestão do sistema nacional de vigilância ambiental, cujos objetivos concernem o conhecimento e o estímulo à interação entre saúde, meio ambiente e desenvolvimento, voltado ao fortalecimento da participação da população. A gestão da saúde nesse sentido se mostra em complementaridade na busca pela qualidade de vida (FREITAS, 2003).

Em seguida, é salientada a questão da prevenção do risco nas relações afetivo-sexuais em relação ao vírus HIV/Aids.

3 O RISCO COMPARTILHADO NAS RELAÇÕES AFETIVO-SEXUAIS E O HIV/AIDS

Quando alguém tem uma culpa pessoal, ela é uma fonte de força, desde que seja reconhecida. No momento em que alguém reconhece a própria culpa, deixa de sentir-se culpado. Esse sentimento se infiltra quando a culpa é reprimida ou não é reconhecida. Quem reconhece a própria culpa se fortalece, pois ela se manifesta como força. Quem nega sua culpa e se esquiva de suas consequências tem sentimento de culpa e é fraco. A culpa que alguém possui capacita-o a fazer coisas boas. Ele não teria

tido força para fazê-las se antes não tivesse reconhecido essa culpa (HELLINGER, 2007^a, p61).

A política criminal contra a transmissão do HIV/Aids, desenvolvida em bases do direito sistêmico forjado pela filosofia-psicologia da constelação familiar de Hellinger, permite que possa haver uma aplicação do direito dentro de parâmetros mais coerentes, com maior previsibilidade de serem eficazes. As três leis do amor daquele autor são os pilares de vanguardista perspectiva para a solução de conflitos, segundo uma justiça restaurativa, portanto, são elas, conforme já dito acima, a hierarquia, o pertencimento e o equilíbrio.

O propósito do direito penal com base no humanismo jurídico não se restringe a uma ideia punitiva convencional, mas inclui a base da prevenção presente no caráter retributivo da pena, dentro da perspectiva dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Neste sentido, a afetação das leis do amor às situações de transmissão do HIV/Aids em relações consensuais permitiria um lastro maior de compreensão dos comportamentos, de forma a trazer a participação da vítima para a análise do caso, de tal forma que pudesse permitir o ponto do equilíbrio em relação à ação do autor. Nesse diapasão, também é possível compreender as soluções objetivas da auto colocação da vítima em risco ou consentimento do ofendido (ROXIN, 2006).

Nessa análise apontada no parágrafo acima, o casal-penal, o autor e a vítima estão em relação de pertencimento na relação afetivo-sexual, compartilhando as responsabilidades, onde o segundo se coloca em risco:

a auto colocação vem exatamente para solucionar aqueles casos em que a própria vítima criou o risco para seu próprio bem jurídico, não devendo o direito penal incidir dentro dos seguintes limites, a) auto colocação só serve para bens jurídicos individuais e só pode ser considerada nos casos em que a vítima for maior de dezoito anos e estiver no pleno uso de sua capacidade mental; b) para que ocorra a auto colocação em risco relevante, a vítima deve agir voluntariamente e deve estar ciente dos riscos a que exporá seu bem jurídico; c) na auto colocação em perigo, o comportamento livre e consciente da vítima deve ser determinante para a consecução de um resultado lesivo que, em princípio, não foi desejado por nenhuma das partes (GRECO, 2004, P166).

A auto colocação da vítima em risco parte do pressuposto de que a vítima “não pode mais ser entendida como um ser inerte face ao crime; observamos que não só ela interage com o autor do crime, como, em alguns casos, pode até criar o risco para si própria, colocando-se em uma situação que a levará ao resultado danoso” (GRECO, 2004, p 103).

Isso implicaria na compreensão do problema de forma a evidenciar coerência em relação ao dispositivo do tipo penal do artigo 131 do código penal, utilizando as referências do pertencimento na relação, assim como a

necessidade de equilíbrio entre o dar e o receber. O elemento psicológico do tipo na forma de dolo eventual não deve ser encontrado em situações de relações consensuais, em que ambos os parceiros estariam dispostos na relação afetivo-sexual. Esse instrumento também não contempla a visão de culpa, tal como no caso da negligência na exposição ao risco pelo não uso de preservativo.

A partir do mesmo entendimento, é possível considerar que haja a excludente de ilicitude do estado de necessidade em razão da configuração do direito de necessidade, na medida em que não poderia ser exigido um sacrifício, enquanto um dever superior ao próprio da pretensa vítima, a quem caberia também considerar a exposição ao risco na busca do prazer. Isto, em se considerando, haja vista, que desejo não é ordem (GIKOVATE, 2010, P 27).

Essas soluções acima são alternativas para que as ordens do pertencimento e do equilíbrio entre o dar e o receber possam estar presentes, de forma a que possa ser encarada a perspectiva de uma justiça restaurativa e conciliatória. Nesse sentido, segue a abordagem da relação entre hierarquia e pertencimento presente no resgate da participação da vítima no processo.

4 O ESPAÇO PARA O PERDÃO NA RELAÇÃO ENTRE HIERARQUIA E PERTENCIMENTO

Eu notei que, normalmente, a indignação não vem das vítimas, mas daqueles que se acham no direito de representar as vítimas. Eles reclamam ilicitamente para si o direito de ficar zangados com os agressores, sem ter passado pelo sofrimento. Como recebem o apoio da maioria, nem mesmo correm o risco de serem responsabilizados pelo desejo de vingança contra os agressores. Aqui existe uma curiosa semelhança entre os indignados e os agressores, exatamente aqueles que são criticados. Os primeiros consideravam-se superiores e por isso se sentiram no direito de atacar e aniquilar os outros (HELLINGER, 2007b, p 129).

De acordo com o direito sistêmico, a atitude de restauração das relações é a pacífica de conciliação, que deve ser buscada de forma a que a justiça se faça quando todos se reconhecem como membros da 'grande alma' e dessa forma, todos podem assim chorar pelas vítimas. Esse caminho evita o *mindset* fixo punitivo da vingança. Do mesmo modo, essa superação também deve se dar pela via da recolocação da vítima no espaço originário, de modo a completar as leis do amor do direito sistêmico, por meio da hierarquia em relação ao pertencimento.

O campo público de solução de conflitos da heterocomposição retirou a vítima do processo da autocomposição. Agressor e vítima originariamente estavam nas mesmas condições no processo penal, submetidos ao mesmo

modo de prova. Entretanto, a mudança substituiu a vítima, tendo sido a vingança encoberta pela perspectiva da justiça abstrata. Essa retirada da condição de vítima a tirou da possibilidade do exercício do direito de perdão, o que feriu a lei da hierarquia do direito sistêmico, provocando um sentimento de não pertencimento, logo criando desequilíbrio.

Estando a vítima retirada do processo, de sua posição originária, a outra parte é obrigada a estar na posição de assumir toda a responsabilidade, podendo ser essa outra parte o réu ou a sociedade, o que nos dois casos fica revelado o desequilíbrio. Diz Hellinger (2007^a, p 61): “quando alguém assume a culpa e suas consequências em lugar de outro, isto o enfraquece. Pois com ela não é capaz de fazer algo de bom; pelo contrário, faz algo de mau. Além disso, enfraquece o outro, pois, assumindo a culpa em seu lugar, tira dele a força para fazer com ela algo de bom”.

A partir disso, essa situação de desequilíbrio levou à impossibilidade do perdão por parte da vítima, dado o desnível gerado. Para explicar isso, Hellinger (2007^a, p 118) diz que:

Não se deve pedir perdão. Um ser humano não tem o direito de perdoar. Nenhum ser humano tem esse direito, quando alguém me pede perdão, empurra para mim a responsabilidade por sua culpa. Da mesma forma, quando alguém se confessa, empurra para o outro as consequências de seu comportamento. (...)No ato de perdoar existe sempre um desnível de cima para baixa, que impede uma relação de igualdade. Pelo contrário, se você diz: ‘Sinto muito’, você se coloca de rente para o outro. Então você preserva sua dignidade, e para a outra pessoa é bem mais fácil ir ao seu encontro do que se você lhe pedir perdão.

Cabe ressaltar, que a perspectiva do perdão está na possibilidade de reconciliação de uma justiça restaurativa. Para isso, não se deixa de admitir a responsabilidade do réu. Entretanto, trata-se de uma perspectiva que admite entender o outro, revelando um perdão que não sobrepõe um indivíduo ao outro, pelo contrário, leva cada um a assumir suas responsabilidades, seu próprio destino, porém considerando a ligação de todos dentro da ‘grande alma’, que na mecânica quântica pode ser identificado como o vazio quântico.

CONCLUSÃO OU PARA IR MAIS ALÉM

A pretensão do trabalho é a de colocar em relevo a necessidade de ultrapassar a utilização de política criminal contra a transmissão do HIV/Aids como resposta punitiva, no que concerne à questão de situações sexuais consensuais. A base teórica apontada é a do direito sistêmico desenvolvido a partir da filosofia-psicologia de Bert Hellinger, conhecida como constelação familiar, que forjou as três leis ou ordens do amor: o pertencimento, o equilí-

brio e a hierarquia, que encontra seu entendimento em elementos da mecânica quântica.

Por conseguinte, vislumbra-se uma abordagem interdisciplinar capaz de permitir que uma reflexão mais coerente e profundamente humana se constitua, considerando, em meio à questão jurídico penal-constitucional, aspectos da filosofia-psicologia que entende o homem em sua tomada de consciência pelo reconhecimento de suas responsabilidades. Dessa forma, o homem não é tratado no seu estado criança por meio de um 'sentimentalismo tóxico', mas no seu estado adulto, autor de suas escolhas e responsável, portanto, por elas.

Para considerar todos esses elementos, são enfatizadas medidas preventivas de educação-informação sobre a doença e o modo de transmissão, portanto a 'janela imunológica', a necessidade do uso de preservativo e a corresponsabilidade da vítima, de modo a evitar a criminalização e o uso da lei penal como solução. Os institutos jurídicos da exclusão da ilicitude como o estado de necessidade, assim como as teses de auto colocação em risco e de consentimento do ofendido também estão no cerne das respostas cogitadas, de forma a referendar a possibilidade de se buscar soluções dispostas à prevenção.

A perspectiva punitiva no caso do problema da transmissão do HIV/Aids não merece ser colocada em primeiro relevo, na medida em que se tem um indivíduo em situação de fragilidade da própria doença, ou possibilidade dela, o que dentro do campo teórico do direito sistêmico implicaria em criação de emaranhamentos e, por conseguinte, de exclusão, que ferem as leis do pertencimento, do equilíbrio e da hierarquia. Dada a peculiaridade da situação, deve ser um exercício de aplicação da experiência da justiça restaurativa do direito sistêmico, que considera tais leis.

A ruptura, nesse caso, do *mindset* fixo da punição (direito penal do emaranhado), permite considerar que a indignação que promove a vingança contra o agressor, perpetua um ciclo de vingança, um ciclo que reivindica, portanto, revivendo a vingança. O *mindset* de crescimento ultrapassa a perspectiva da punição para desenvolver a perspectiva de prevenção por meio de medidas educativas-informativas, enquanto medidas capazes de realizar ou efetivar direitos à informação e à não discriminação.

Trata-se, assim de um quadro teórico para um processo pedagógico de solução de conflitos, restaurativo, pacífico e conciliatório. Nessa solução, a vítima pode retomar o seu lugar originário de participação no processo penal, em que estava em situação de equilíbrio com o agressor. Desse modo, ambos podem assumir suas responsabilidades e tomar os seus próprios destinos, embora ligados pela grande alma ou vazio quântico.

REFERÊNCIAS

- ACT UP-PARIS. <https://www.actupparis.org/> Acesso em: 18 jul.2018.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro:Ed. Zahar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida*. Rio de Janeiro: Ed.Zahar, 2013.
- BRASIL. Ministério de Saúde. *Coinfecção TB-HIV no Brasil: panorama epidemiológico e atividade colaborativas*. Boletim Epidemiológico da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, volume 48, nº40, de 2017.
- BRASIL. Ministério de Saúde. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. *Nota técnica sobre a criminalização da transmissão sexual do HIV*. Nota técnica n. 350/2009/D-DST-AIDS-HV/SVS/MS. Acesso em: 18 jul.2018.
- BRASIL. Ministério de Saúde. Departamento de Doenças Sexualmente Transmissíveis, DST, Aids e Hepatites Virais, do Ministério da Saúde, 1989, profissionais da saúde e membros da sociedade civil criaram com seu apoio a *Declaração dos Direitos Fundamentais da Pessoa Portadora do Vírus da Aids*, tendo sido aprovado no Encontro Nacional de ONG que Trabalham com Aids (ENONG), em Porto Alegre (RS). Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/direitos-fundamentais>>. Acesso em: 15 jun. 2015.
- BRASIL. *Recomendações para terapia antirretroviral em adultos infectados pelo HIV, 2008*. Prevenção Positiva. Brasília, 2007. Disponível em: <http://data.unaids.org/pub/BaseDocument/2008/20080731_jc1513_policy_criminalization_en.pdf> Acesso em: 15 jun. 2010.
- COMISSÃO SUÍÇA PARA QUESTÕES LIGADAS À AIDS. CFS - *Commission Fédérale pour les problèmes liés au Sida*. Disponível em: <www.bag.admin.ch/hiv_aids>. Acesso em: 15 jun. 2010.
- DALRYMPLE. T. *Podres de mimados*. SP:É Realizações, 2015.
- DEL PRIORE, Mary. *Histórias íntimas – sexualidade e erotismo na história do Brasil*. 2ª.ed. São Paulo:Planeta, 2014.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 1992.
- DWECK, Carol S. *Mindset: a nova psicologia do sucesso*. São Paulo:Ed.Objetiva, 2017.

DUBY, Georges. *An 1000 an 2000 sur les traces de nos peurs*. Paris: France Loisirs, 1995.

FORBES, Jorge. *Você quer o que deseja?* 5. ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2005.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I - a vontade do saber*. 6ª.ed. São Paulo:Paz e Terra, 2017.

FREITAS, Carlos Machado de. Problemas ambientais, saúde coletiva e ciências sociais. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232003000100011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 21 jun. 2013.

GIKOVATE, Flávio. *Sexo*. 4. ed. São Paulo: MG, 2010.

GIV.GRUPO DE INCENTIVO À VIDA. *Direitos humanos – Criminalização*. <http://www.giv.org.br/Publica%C3%A7%C3%B5es/Cartilha-Direitos-Humanos-Criminaliza%C3%A7%C3%A3o-da-Transmiss%C3%A3o.pdf> Acesso em: 13 jun. 2018.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Série Ciência do direito penal contemporânea, v. 7).

GRUPO PELA VIDDA. Grupo pela valorização, integração e dignidade do doente de AIDs. Disponível em: <www.pelavida.org.br>. Acesso em: 15 jun. 2015.

HELLINGER, Bert. *A fonte não precisa perguntar pelo caminho*. 3ª edição. Goiânia/GO:Atman, 2012.

HELLINGER, Bert. *Ordens do amor*. São Paulo:Cultrix, 2007a.

HELLINGER, Bert. *Constelação familiar: o reconhecimento das ordens do amor*. Conversas sobre emaranhamentos e soluções. São Paulo:Cultrix, 2007b.

HIVLAWCOMMISSION. *Informe – o hiv e a lei*. 2012. Comissão Global sobre o Hiv e lei/Conselho Coordenador da UNAIDS/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)www.hivlawcommission.org

<http://www.giv.org.br/Publica%C3%A7%C3%B5es/Cartilha-Direitos-Humanos-Criminaliza%C3%A7%C3%A3o-da-Transmiss%C3%A3o.pdf> Acesso em: 18jun.2018.

HUNT, L. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1986.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

MUCHEMBLED, Robert. *O orgasmo e o ocidente: uma história do prazer do século XVI a nossos dias*. São Paulo: M. Fontes, 2007.

ORWELL, Georges. *A revolução dos bichos*. SP: Ed.Abril Cultural, 1982.

PARAGUASSU Correia da Silva, Monica. *Direito penal do emaranhado*. RJ:Processo, 2019.

PARAGUASSU Correia da Silva, Monica. *A transmissão do Hiv/Aids no humanismo jurídico*. RJ:Eduff, 2018.

PARAGUASSÚ Correia da Silva, Monica. *Human Immunodeficiency Virus/Acquired Immunodeficiency Syndrome Prevention and Transmission Liability / A prevenção contravírus da imunodeficiência humana / Síndrome da Imunodeficiência Adquirida e responsabilidade da transmissão. DST - Jornal Brasileiro de Doenças Sexualmente Transmissíveis*, v. 20, n. 10, p. 1-7, 2010.

PEREIRA,C; BELOQUI, J. Breve estudo a respeito da criminalização da transmissão do HIV/Aids nas relações consensuais. In: *Direitos Humanos – Criminalização. Projeto Prevenção Positiva e Adesão para a Vida*. <http://www.giv.org.br/Publica%C3%A7%C3%B5es/Cartilha-Direitos-Humanos-Criminaliza%C3%A7%C3%A3o-da-Transmiss%C3%A3o.pdf> Acesso em:18 jun.2018.

PLATÃO. *Mito da caverna*. Livro VII, de A República. SP: Ed.Martin Claret, 2012.

RIOS,RR; PIOVESAN, F. A discriminação por gênero e por orientação sexual. Seminário Internacional As minorias e o direito. *Cadernos CNJ 24*, pp 154-175.

http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/693_609_riosroger.pdf. Acesso em: dez 2017.

RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da culpabilidade e teoria do erro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

- ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. SP: Martins Fontes, 2003.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SADALA, Maria Lúcia Araújo; MARQUES, Sílvio de Alencar. Vinte anos de assistência a pessoas vivendo com HIV/AIDS no Brasil: a perspectiva de profissionais da saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 11, p. 2369-2378, nov. 2006.
- SEFFNER, F.; PARKER, R. A neoliberalização da prevenção do hiv e a resposta brasileira à aids. In: *Mito vs realidade sobre a resposta brasileira à epidemia de hiv e aids*. Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids. Rio de Janeiro: ABIA, 2016.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- SONTAG, Susan. *A doença como metáfora*. São Paulo: Graal, 1984.
- SOUZA, Herbert de. *A cura da Aids*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1994
- TERTO Jr, V.; CARVALHO, F.; VILLARDI, P. e VIEIRA, M. A luta continua: avanços e retrocessos no acesso aos antirretrovirais no Brasil. In: *Mito vs realidade sobre a resposta brasileira à epidemia de hiv e aids*. Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids. Rio de Janeiro: ABIA, 2016. http://abiadays.org.br/wp-content/uploads/2016/07/Mito-vs-Realidade_HIV-e-AIDS_BRASIL2016.pdf Acesso em: 21 mar.2019.
- TESSIER, Stéphane. *Épidémie à VIH et institutions socio-sanitaires: quelle réorganisation de l'espace médical?* In: BENOIST, Jean; DESCLAUX, Alice (Dir.). *Anthropologie et Sida*. Paris: Karthala, 1996.
- UNAIDS. *Criminal Law, Public Health and HIV Transmission: a Policy Options Paper*. Geneva, 2002. Disponível em: <www.unaids.org>. Acesso em: 15 jun. 2014.
- UNAIDS. *International Guidelines on HIV/AIDS and human rights*. 2006. Disponível em: <http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub07/jc1252-interguidelines_en.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.
- UNAIDS. *Recomendação das Nações Unidas de 2002, Diretriz 4, estabelece as Diretrizes Internacionais sobre HIV/AIDS e Direitos Humanos*. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and UNAIDS (2006),

International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights: 2006 Consolidated Version. Disponível em: <http://data.unaids.org/Publications/RC-pub07/jc1252-interguidelines_en.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

UNAIDS. *Policy Brief: Criminalization of HIV Transmission*, 2008. Disponível em: <http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/_jc1601_policy_brief_criminalization_en.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2010.

VALLE, Carlos Guilherme do. Identidades, doença e organização social: um estudo das Pessoas Vivendo com HIV e AIDS. *Horiz. antropol.* [online]. 2002, vol.8, n.17 [cited 2018-06-04], pp.179-210. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832002000100010&lng=en&nrm=iso>. ISSN 01047183. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-71832002000100010>. Acesso em: dez 2018.

JUDICIALIZAÇÃO DO SUS: O máximo existencial e a reserva do necessário como princípios constitucionais implícitos do direito à uma existência digna

Wladimir Tadeu Baptista Soares

*Universidade Federal Fluminense, Médico e Professor do
Departamento de Medicina Clínica, Niterói, Brasil,
wladuff.huap@gmail.com*

Arianna Kassiadou Menezes

*Universidade Federal Fluminense, Médica do Serviço
de Atendimento Médico ao Servidor, Niterói, Brasil,
arianna.kassiadou@yahoo.com*

Mariana Sanguedo Baptista

*Advogada, Niterói, Brasil,
marisanguedo@gmail.com*

RESUMO

O fenômeno jurídico-social da judicialização do SUS (Sistema Único de Saúde) implica, ao mesmo tempo, na judicialização da vida e na judicialização da saúde, em geral envolvendo demandas sobre fornecimento e medicamentos, internação hospitalar, realização de algum procedimento diagnóstico ou realização de alguma cirurgia. Em regra, o polo passivo da Ação Judicial é o Poder Público, que, em sua defesa, costuma argumentar alegando os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial para justificar a não prestação do serviço judicializado. A partir do conceito de saúde formulado pela OMS (Organização Mundial de Saúde), este estudo busca trazer para o mundo do Direito dois novos Princípios: os Princípios Constitucionais implícitos do Máximo Existencial e da Reserva do Necessário, levando-se em conta que, no Brasil, o direito fundamental à saúde está fundamentado na cidadania e na dignidade da pessoa humana, o que faz desse direito do cidadão um dever fundamental do Estado, conforme explicitamente previsto no texto da nossa Constituição Cidadã. A pesquisa vai se desenvolver utilizando, especialmente, os métodos exegético, interpretativo e jurídico-doutrinal, além de uma vasta pesquisa bibliográfica sobre o tema, tendo como marco histórico a Constituição Federal de 1988 e também os movimentos sociais anteriores à atual Constituição que lideraram a luta pela Reforma Sanitária Brasileira (RSB), que culminou na constitucionalização do SUS.

Palavras-chave: Judicialização do SUS; Máximo Existencial; Reserva do Necessário.

INTRODUÇÃO

O fenômeno jurídico-social da judicialização do SUS (Sistema Único de Saúde) implica, ao mesmo tempo, na judicialização da vida e na judicialização da saúde, em geral envolvendo demandas sobre fornecimento e medicamentos, internação hospitalar, realização de algum procedimento diagnóstico ou realização de alguma cirurgia. Em regra, o polo passivo da Ação Judicial é o Poder Público, que, em sua defesa, costuma argumentar alegando os Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial para justificar a não prestação do serviço judicializado. A partir do conceito de saúde formulado pela OMS (Organização Mundial de Saúde), este estudo busca trazer para o mundo do Direito dois novos Princípios: os Princípios Constitucionais implícitos do Máximo Existencial e da Reserva do Necessário, levando-se em conta que, no Brasil, o direito fundamental à saúde está fundamentado na cidadania e na dignidade da pessoa humana, o que faz desse direito do cidadão um dever fundamental do Estado, conforme explicitamente previsto no texto da nossa Constituição Cidadã. A pesquisa vai se desenvolver utilizando, especialmente, os métodos exegético, interpretativo e jurídico-doutrinal, além de uma vasta pesquisa bibliográfica sobre o tema, tendo como marco histórico a Constituição Federal de 1988 e também os movimentos sociais anteriores à atual Constituição que lideraram a luta pela Reforma Sanitária Brasileira (RSB), que culminou na constitucionalização do SUS.

A pesquisa traz como justificativa o fato de que a judicialização da saúde frequentemente ser discutida sob um aspecto mais processual do que material, o que, no nosso entendimento, prioriza um foco equivocado da discussão. Nesse sentido, a pesquisa procura trazer novos elementos para o debate, sempre com fundamento na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos, em que o Brasil é signatário.

A relevância da pesquisa afirma-se por reconhecer o fenômeno da judicialização da saúde como um problema atual, ainda com muitas zonas de tensão, cuja solução para os conflitos clama por novas teorias e argumentos, ambos sustentados sobre o pilar da dignidade da pessoa humana.

A nossa hipótese é que a judicialização da saúde implica na judicialização do SUS e na judicialização da vida, todas relacionadas à judicialização das políticas públicas, econômicas e sociais, para a saúde, de modo que o aumento da judicialização mantém uma relação direta com uma piora na qualidade das políticas públicas para o setor, tanto com relação ao subfinanci-

amento estrutural do SUS quanto por um projeto político de enfraquecimento do SUS, visando criar condições para a sua privatização.

A pesquisa tem por objetivo reconhecer o SUS como um direito fundamental de natureza social e, portanto, uma cláusula pétrea constitucional, além de propor a existência de dois Princípios Constitucionais implícitos aplicáveis ao direito à saúde: o Princípio do Máximo Existencial e o Princípio da Reserva do Necessário.

1 JUDICIALIZAÇÃO DO SUS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Luís Roberto Barroso,

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo (BARROSO, 2018, p.44).

A questão da judicialização do SUS envolve, ao mesmo tempo, a judicialização da vida e a judicialização da saúde. Desse modo, é importante compreender que quando se judicializa o direito à saúde, na verdade, o que se está judicializando é o direito à vida – e vida com dignidade. Como o resultado favorável ao demandante dessa judicialização, da saúde ou da vida, depende de ações, positivas ou negativas, do Poder Público no ambiente do SUS, o que se está a judicializar, de fato, é o próprio SUS como um direito fundamental de natureza social, para que este se realize no cumprimento dos seus mandamentos legais e constitucionais.

Desse modo, a judicialização do SUS implica, pelo menos, duas dimensões: a judicialização das políticas públicas na área da Saúde e a judicialização do direito público subjetivo de cidadania à saúde, ambos necessários à concretização do SUS como um direito constitucionalmente posto. Ambos fundamentados no texto constitucional e em muitos tratados internacionais sobre direitos humanos em que o Brasil é signatário. Ambos, direito de todos e dever do Estado.

Importante salientar que a judicialização do SUS envolve, portanto, a judicialização de dois direitos fundamentais: o direito à saúde e o direito à vida. E sobre os direitos fundamentais, assim esclarece Luís Roberto Barroso:

Três traços distintivos singulares dos direitos fundamentais merecem destaque: sua oponibilidade a maiorias políticas; sua aplicabilidade direta e imediata; a abertura do catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição. Direitos fundamentais não dependem de outorga pelo legislador. Seja por suas origens no direito natural, seja pela posi-

tivação expressa na Constituição, trata-se de direitos que independem do processo político majoritário. Mais que isso, são eles insuscetíveis de supressão, no sistema constitucional brasileiro, até mesmo por vontade do poder constituinte reformador. [...] É dominante a ideia de que os direitos fundamentais integram o próprio conceito de democracia, na medida em que são pressupostos para a participação dos cidadãos, como pessoas livres e iguais, no projeto de autogoverno coletivo que é o regime democrático. [...] A Constituição brasileira não faz qualquer distinção quanto à natureza do direito – se individual, político, social ou difuso (BARROSO, 2019, p.501-503).

Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira,

A noção de direitos fundamentais é estruturante do conceito de democracia constitucional. [...] As constituições, mais do que um conjunto de normas superiores, são dispositivos que aspiram habilitar a democracia, regular o exercício do poder e estabelecer parâmetros de justiça que devem pautar a relação entre as pessoas e entre os cidadãos e o Estado. Nesse sentido, são mecanismos pelos quais nos comprometemos a enfrentar nossos problemas e coordenar nossos conflitos de forma pacífica e democrática. [...] Constituições oriundas de processos emancipatórios, obrigadas a fazer concessões à ambição transformadora de grupos mais vulneráveis como meio de autolegitimação, oferecem mecanismos que permitem avançar na efetivação dessas ambições, ainda que sob constante tentativa de bloqueio por parte daqueles que foram obrigados a fazer tais concessões. Se as constituições pretendem ter algum papel legitimador, mesmo as mais modestas, necessitam incorporar princípios básicos de justiça e democracia, sem o que se apresentarão como meros instrumentos de dominação. Como esses princípios não são neutros, sempre abrem espaço para a ampliação do processo emancipatório, desde que apropriados pelos setores vulneráveis (VIEIRA, 2018, p. 10 – 130).

Diante desse cenário, importante reconhecer que a condição de *estar doente* é o que define o estado de vulnerabilidade daquele que promove a judicialização do SUS. Aqui, portanto, a vulnerabilidade não diz respeito a questões econômicas da pessoa doente, mas sim à sua frágil condição de saúde. O indivíduo (ou uma coletividade) não judicializa o SUS em razão da sua incapacidade econômica, mas sim em razão de encontrar-se com a sua saúde debilitada, necessitando de assistência médica integral. Ele busca, pela via judicial, um direito que o Estado tem o dever constitucional de reconhecer e prestar.

Nesse sentido, sendo o SUS, obrigatoriamente, uma política pública do Estado, assim afirmam Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte:

“As políticas públicas, como toda atividade política exercida pelo Legislativo e pelo Executivo, devem compatibilizar-se com a Constituição, e caso isso não aconteça o Poder Judiciário, uma vez provocado, deve analisar essas questões sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF/88). E quando os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado, inclusive a dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos, o Poder Judiciário precisa e deve atuar na sua função de controle” (BUCCI; DUARTE, 2017, p. 217).

2. O DIREITO À SAÚDE COMO CLÁUSULA PÉTREA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 cristalizou o direito à saúde como cláusula pétrea constitucional, bem como atribuiu relevância pública às ações e serviços de saúde, o que conduz ao entendimento de sua também relevância jurídica, política e social. Sendo assim, o próprio SUS é, constitucionalmente, reconhecido como de relevância pública, razão pela qual não pode ser negligenciado pelo Poder Público, em qualquer de suas esferas, seja no âmbito do Poder Executivo (Administração Pública), seja no âmbito do Poder Legislativo (no seu aperfeiçoamento e fortalecimento legal), seja no âmbito do Poder Judiciário (na garantia da efetivação do direito à saúde), pois, como um direito fundamental de matriz social, é, igualmente, por mandamento constitucional, uma cláusula pétrea constitucional.

Portanto, o SUS, como um modelo de sistema público de saúde de caráter inclusivo e democrático, não pode ser descaracterizado no momento em que o cidadão, ou uma coletividade, toma a iniciativa de buscar um direito constitucional seu – o direito à saúde - junto ao Poder Judiciário. Ou seja, na hora de decidir a questão levada ao Juízo, não pode o Poder Judiciário transformá-lo em um sistema excludente e negar aquilo que, por mandamento constitucional, é direito do cidadão (direito de todos) e dever do Estado.

Nesse sentido, assim leciona Sérgio Luíz Kukina, Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Se um dos papéis centrais do Judiciário consiste justamente em zelar pela salvaguarda dos direitos fundamentais albergados no texto constitucional, não parece de boa razão que a tese da independência dos Poderes possa servir de escudo para subtrair da jurisdição, quando regularmente provocada, o poder/dever de sindicância políticas públicas que, revelando-se inidôneas ou ineficientes, estejam a solapar do jurisdicionado o gozo e a fruição de direitos fundamentais constitucionalmente prometidos. Assim, constatada lesão, ou ameaça de lesão, a tais direitos (dentre eles a saúde), porque marcados pelas notas da essencialidade e da indisponibilidade, lícito será ao órgão judicial, em ambiente de devido processo legal, imputar ao administrador público a obrigação de

implementar meios e ações necessários à tutela do direito assim reconhecido em benefício do litigante vitorioso na demanda articulada em face do Poder Público. [...] É curial que o excessivo culto aos primados da independência e da harmonia entre os Poderes não deve operar em desfavor dos destinatários finais dos serviços públicos, isto é, da população em geral, o que se traduziria em inaceitável contradição e mesmo em negação do dever estatal em bem se desincumbir de seus encargos na área social (KUKINA, 2018, p. 58-59).

3. LEGITIMIDADE PARA PROPOR A JUDICIALIZAÇÃO DO SUS

Quanto a legitimidade para a exigibilidade do direito à saúde, esta é tanto do indivíduo na sua dimensão individual de pessoa humana quanto do indivíduo na sua dimensão social (coletiva, transindividual). Isso porque não é possível considerar que saúde – e, portanto, vida – só seja um direito, enquanto direito, para uma coletividade e não, também, para um indivíduo na sua singularidade. Pensar diferente disso é estabelecer uma discriminação eticamente, moralmente e constitucionalmente condenável, haja vista que não existe coletividade sem indivíduos e nem indivíduos fora da coletividade, pois, ainda que ele não se sinta incluído, ele é, queira ou não, parte dela.

Como afirma Ingo Wolfgang Sarlet, “de acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais”. E pessoas não são pessoas só coletivamente, mas também, e em particular, individualmente consideradas. E como bem leciona José Joaquim Gomes Canotilho,

A universalidade será alargada ou restringida de acordo com a postura do legislador constituinte, sempre respeitando o núcleo essencial de direitos fundamentais, que é intangível por qualquer discricionariedade, núcleo que pode ser alargado pela atuação e concretização judicial dos direitos (SARLET, In: NOBRE; SILVA, 2013, p. 150).

Assim, quando o artigo 196 da CF/88 diz que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, ela não está querendo dizer que a titularidade do direito à saúde será necessariamente coletiva, no sentido de excluir a titularidade individual. Caso contrário, estaria sendo criada uma aberração jurídica no sentido de fazer crer que a dignidade da pessoa humana só seria possível de ser considerada numa dimensão coletiva da subjetividade. Saúde como um direito de todos significa reconhecê-la como um direito, ao mesmo tempo, de cada um e de todos.

Como bem assinala Ingo Wolfgang Sarlet,

É preciso guardar coerência com a tese de que por força da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais e da necessária preservação da supremacia da normativa constitucional, ao legislador e

administrador (tal como ao Juiz) não se pode, especialmente em matéria de direitos fundamentais, assegurar ao legislador e ainda mais ao administrador uma margem de ação plena, absolutamente imune ao controle com base na Constituição, permitindo, por exemplo, por omissão (deliberada, ou não) a exclusão de medicamentos ou outras prestações indispensáveis à própria vida da pessoa, além da necessária salvaguarda em relação a bens e serviços que possam dar conta das peculiaridades de casos individuais, já que as necessidades de cada pessoa (e mesmo alternativas de tratamento) podem variar fortemente de caso a caso, e a padronização pode resultar em inevitável exclusão de tratamento da doença em algumas situações. [...] Vale citar decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que – nesta linha de entendimento – afirmou que a ausência de previsão de determinado tratamento pelos protocolos oficiais e mesmo se cuidando, em regra, de tratamento reconhecido como ineficiente, a demonstração, no caso concreto, de que tal tratamento, ainda que alternativo, levou a uma melhora da condição de vida do paciente, não pode, por si só, afastar o direito a ter tal prestação financiada pelo seguro público de saúde, insistindo o Tribunal que é o acurado exame pelas instâncias ordinárias da Jurisdição que deverá levar, ao fim e ao cabo, a uma procedência ou improcedência do pleito formulado pelo cidadão, ainda que em caráter individual (SARLET, In: NOBRE; SILVA, 2013, p. 169-170).

Essa discussão “abraça” e reconhece a Medicina como uma ciência inexacta, no sentido de que não há propriamente “doenças”, mas sim “doentes”. Isso quer dizer que, por exemplo, dois pacientes, com as mesmas características étnicas e mesma idade, sem outras comorbidades, acometidos pela mesma doença – pneumonia pneumocócica – não necessariamente responderão satisfatoriamente ao mesmo tratamento antibiótico prescrito, e que também não necessariamente terão a mesma evolução clínica. Assim, embora acometidos por uma infecção pulmonar causada pelo mesmo agente etiológico – a bactéria “pneumococo” –, eventualmente, um deles pode se curar e o outro pode vir a falecer, já que a evolução clínica da doença vai depender da interação entre indivíduo/bactéria, que envolve a capacidade individual de reagir imunologicamente à infecção, bem como do potencial de agressividade daquela bactéria, que pode variar de indivíduo para indivíduo, na dependência da condição imunológica de cada um. E isto vale para qualquer tipo de doença (ou de doente). Portanto, os protocolos oficiais de tratamento das mais diversas patologias elaborados pelo Ministério da Saúde, embora tenham importância na orientação geral do que pode e deve ser feito, não gozam do atributo da “absoluta obrigatoriedade”, até porque muitos pacientes apresentam mais de uma patologia ao mesmo tempo, ou seja, muitos são, por exemplo, ao mesmo tempo portadores de hipertensão arterial sistêmica e diabete melito; portadores de litíase renal (cálculo renal) e gota; portadores de lúpus eritematoso sistêmico, tireoidite de Hashimoto e intolerantes ao glúten etc., o que revela o grau de complexidade envolvida na assistência em saúde, não existindo

protocolo que abranja essas situações complexas. Sendo assim, por exemplo, a medicação anticonvulsivante que está dando certo em um paciente portador de epilepsia pode não dar certo em outro paciente também portador de epilepsia. É por isso que o remédio que está dando certo para um determinado paciente, seja para que doença for, não deve ser trocado, ainda que seja proposta a sua substituição por um outro remédio também anticonvulsivante, pois é imprevisível a sua efetividade e segurança, o que já está ocorrendo com o remédio atualmente usado. Desse modo, se o remédio usado não está previsto na Lista de Medicamentos do SUS, estando ele proporcionando boa resposta terapêutica ao paciente, este não deve ser trocado por um dos medicamentos previstos nesta lista, ainda que a indicação clínica seja a mesma. E isso vale como princípio geral. O Poder Público, seja a Administração Pública, seja o Poder Judiciário, não pode obrigar o médico assistente do paciente a fazer essa substituição, assim como o paciente não pode ser obrigado a se submeter a essa arbitrariedade, haja vista que sempre haverá a possibilidade de, em se fazendo isso, pôr em risco a saúde/vida do paciente, o que é eticamente, juridicamente e cientificamente condenável. Nesses casos, é sempre importante o magistrado se colocar na situação real do paciente e, sob o manto do direito constitucional e da razão, sem perder de vista o direito à vida como um princípio ético da humanidade, refletir sobre qual a decisão justa (para o paciente/doente) a ser tomada.

No caso dos chamados medicamentos “*off label*”, entendemos que não cabe questionar o uso de um medicamento que está tendo bom resultado no tratamento de um determinado paciente, pelo simples fato dele ainda não conter na sua bula a indicação “estranha” para a qual ele “parece” estar sendo administrado. Como uma ciência inexata, essa é uma situação possível de acontecer, até que, mais tarde, o tempo e a experiência clínica acabam por revelar e comprovar a sua mais nova indicação.

Com relação à responsabilidade federativa nas questões do SUS levadas ao Poder Judiciário, a jurisprudência majoritária tem reconhecido o regime de responsabilidade solidária, não se admitindo benefício de ordem ou excussão em favor de qualquer dos entes corresponsáveis (União, Estado, Município).

Todavia, neste caso, ousamos discordar desse entendimento jurisprudencial e comungamos do entendimento de Daniel Sarmiento, nos seguintes termos:

Como se sabe, a Constituição brasileira, seguindo um modelo de federalismo cooperativo, determinou, em seu artigo 23, que certas atividades e serviços públicos fossem fomentados e executados mediante atuação conjunta de todas as esferas da Federação. A saúde é um desses serviços (art. 23, II, da CRFB/1988). [...] O art. 23 da CRFB/1988 visa, essencialmente, à cooperação entre os entes federativos, sem impor-

lhes, contudo, a prática simultânea das mesmíssimas atividades e, por consequência, uma igual responsabilidade sobre elas. Com efeito, o que a Constituição busca promover é o trabalho em conjunto e articulado – e não cumulado – dos entes; é, em última análise, a criação de políticas públicas nacionais – e não a mera sobreposição de políticas federais, estaduais e municipais, que tenderia a gerar conflitos, além de desperdício de recursos e de energia. Dessa forma, se, por um lado, é certo que o art. 23 da CRFB/1988 torna os entes federativos corresponsáveis pelas atividades e serviços nele elencados, por outro, é igualmente certo que não impõe à corresponsabilidade estabelecida o regime obrigatório da solidariedade. Ao contrário, a própria ideia de cooperação, consagrada no dispositivo constitucional, remete a uma divisão de atribuições e, por conseguinte, responsabilidades preferenciais entre os entes, para maximização da eficiência e da democratização da atividade ou serviço a ser prestado (SARMENTO, 2018, P. 104-106).

Importante assinalar que as competências dos entes federativos com relação ao SUS estão definidas nos artigos 15 a 19, da Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde – Lei do SUS).

4. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Sobre este tema, Ricardo Lobo Torres faz uma distinção entre “reserva do orçamento” e “reserva do possível”. A “reserva do orçamento” (reserva jurídica) consiste na necessidade do Poder Judiciário respeitar as regras do direito orçamentário, de modo que

se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis (TORRES, 2009, p. 96).

Por outro lado, a “reserva do possível” é um princípio que tem a sua origem no Tribunal Constitucional da Alemanha, quando este foi levado a apreciar e julgar uma questão não relacionada ao direito à saúde, mas sim à uma questão relativa a vagas em faculdades de medicina para estudantes habilitados, porém não classificados. Importante salientar que, na Alemanha, os direitos sociais não são considerados direitos fundamentais, o que faz toda a diferença com relação aos direitos sociais aqui no Brasil, que, por mandamento constitucional, são, sim, direitos fundamentais. (AMARAL, In: NOBRE; SIVA, 2013, p. 115).

Como bem assevera Ricardo Lobo Torres,

No Brasil, portanto, [a reserva do possível] passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver *disponibilidade financeira*, que pode compreender a existência de *dinheiro sonante na caixa do Tesouro*, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado

sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanentemente a possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática! (TORRES, 2009, p. 110).

Sobre essa questão, Daniel Sarmento explica que

Na seara jurídica, o mínimo existencial é uma construção da dogmática e jurisprudência alemãs, que serviram à proteção de um conteúdo básico de direitos sociais, no marco de uma Constituição que não previra esses direitos. Portanto, a garantia do mínimo representou um *plus* em relação ao texto constitucional germânico. Mas a Constituição brasileira, ao contrário, é pródiga na garantia de direitos sociais. Nesse contexto, será que a importação do conceito não acabaria operando aqui “com os sinais trocados”, para restringir a eficácia dos direitos sociais e, com isso, limitar os potenciais transformadores da Constituição? [...] Na minha concepção, o mínimo existencial atua para fortalecer o “conteúdo em mínimo existencial” dos direitos no processo ponderativo, mas não para negar qualquer eficácia jurídica positiva aos direitos naquilo que excederem a esse mínimo (SARMENTO, 2018, P. 152-153).

5. DIREITO À SAÚDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sobre a dignidade da pessoa humana, vale observar o pensamento de Rizzatto Nunes:

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação ou criação de normas jurídicas (NUNES, 2018, p. 73-74).

Exatamente por isso, a saúde, embora tenha um valor, ela não tem preço, razão pela qual não pode ser tratada pelo Poder Público como uma mera mercadoria a ser conduzida em um ambiente negocial. Ao contrário, a saúde é um bem público que como um direito fundamental deve ser considerado. Não há equivalente a ser trocado pela saúde, assim como não há equivalente a ser trocado pela vida. Assim, direito à vida e direito à saúde são questões que se revelam como direitos à dignidade.

Além disso, ao decidir uma questão relacionada a judicialização da saúde, não somente a Carta Constitucional de 1988 e a Lei Orgânica da Saúde devem ser observadas, mas também os Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos incorporados à nossa ordem jurídica interna, em particular a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos defensores do Princípio do Máximo Existencial, particularmente, e respectivamente, nos seus

artigos 25 e 12. Assim sendo, como bem sustenta Sérgio Luíz Kukina: “Não se questiona a existência de firme lastro normativo, nos meios interno e internacional, sinalizando em favor da máxima concretização possível do direito à saúde” (KUKINA, 2018, p. 74). Importante salientar que, em se tratando de direitos fundamentais, na expressão *máxima concretização possível do direito à saúde*, este *possível* diz respeito ao direito, no caso, à saúde, e não ao orçamento público.

Nesse sentido, assim afirma Napoleão Nunes Maia Filho, Ministro do STJ:

A efetividade dos direitos humanos depende, cada vez mais, da atuação dos juízes, certamente os únicos agentes capazes de promover essa sempre adiada mudança de foco jurídico, para incorporar os valores do humanismo às práticas do Direito e da Justiça (MAIA FILHO, 2017, p. 271).

Sendo missão do Supremo Tribunal Federal salvaguardar os valores previstos na Ordem Constitucional, bem como a concretização dos direitos fundamentais e a proteção da Democracia (BARROSO, 2018), não faz sentido que os juízes e/ou desembargadores decidam em contrariedade àquilo que é um mandamento constitucional: saúde como um direito de todos e dever do Estado.

Desse modo, sendo as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais de aplicação imediata, por mandamento constitucional, isto significa reconhecer que estas não dependem de qualquer atuação legislativa, estando o Poder Público obrigado a efetivá-las.

6. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS DO MÁXIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO NECESSÁRIO

Ao analisarmos o conceito de saúde formulado pela OMS, e tendo em conta a sua íntima afetação pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos humanos – direitos fundamentais – é possível admitir o Princípio do Mínimo Existencial naquilo que se refere tão-somente à parte conceitual que afirma o “completo bem-estar social”. Isso porque, nesse caso, é possível estabelecer, por exemplo, condições mínimas de moradia digna, ambiente de trabalho, nutrição adequada, e tudo aquilo que está previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Todavia, naquilo em que o conceito de saúde formulado pela OMS afirma “o completo bem-estar físico e mental”, o princípio a ser considerado é, obrigatoriamente o “Princípio do Máximo Existencial”, e não do Mínimo Existencial. Isso porque não é possível admitir, sob o manto do Estado Democrático e Social de Direito, e em observância a todos os Princípios

Constitucionais que ele abraça, que o Estado brasileiro aceite como direito justo que uma pessoa seja obrigada a suportar um pouco de câncer, um pouco de dor, um pouco de sangramento, um pouco de infecção, enfim, um pouco de doença. Isso porque não existe na nossa Carta Magna um dever constitucional ao sofrimento, assim como não existe um dever constitucional à doença ou à morte precoce e desnecessária. Negar o fornecimento de um medicamento a alguém com a justificativa fria de que o Poder Público (seja ele Municipal, Estadual, Distrital ou Federal) não dispõe de recursos financeiros para isto, além de não ser uma verdade, é uma injusta sentença determinante da morte ou do sofrimento de alguém. Ao decidir dessa maneira, o Juiz parece estar agindo como um equivalente a advogado da Fazenda Pública, e não como um imparcial e justo aplicador do direito constitucional. Neste contexto, mister compreender que a efetivação do direito fundamental à saúde requer o reconhecimento do Princípio Constitucional implícito da Reserva do Necessário, o que exige, obrigatoriamente, um desenho orçamentário que garanta definitivamente este direito – o direito à vida.

Assim, não é possível, por exemplo, reconhecer que o SUS possa realizar uma cirurgia para tratamento do câncer, mas não possa realizar a continuidade do tratamento oncológico desse mesmo câncer, por meio de quimioterapia ou/e radioterapia, justificando isso pela falta de recurso financeiro ou de equipamento para esse fim. As políticas públicas de saúde têm, necessariamente, que prever, através de estudos econômicos, epidemiológicos e bioestatísticos, toda a demanda do povo brasileiro na área da saúde, colocando nos seus respectivos orçamentos toda a verba pública apta a responder os anseios e as necessidades dos cidadãos nessa área. Aquele que decide tem a obrigação de se colocar na posição daquele que é autor em uma ação que envolva a judicialização da saúde. Negar um direito fundamental de caráter social para um indivíduo socioeconomicamente vulnerável e/ou doente é construir uma dimensão de desigualdade no princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que ao rico, por ser um privilegiado socioeconômico, é permitido o seu tratamento contra o câncer, mas ao pobre, não. Isso fere não somente os Princípios elencados na nossa Constituição Federal, mas fere também normas prescritas nos diversos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, em que o Brasil é signatário. Mesmo quando o tratamento oncológico não tem finalidade curativa, mas somente paliativa, negar o direito a um processo de morte digna é uma atitude que não encontra conformidade na razão humana, ferindo princípios éticos de humanidade. Para uma melhor compreensão desse fato, vale observar o conceito de cuidados paliativos proposto por Cicely Saunders:

Os cuidados paliativos se iniciam a partir do entendimento de que cada paciente tem sua própria história, relacionamentos, cultura, e merece respeito, como um ser único e original. Este respeito inclui proporcionar o melhor cuidado médico disponível e disponibilizar a ele as con-

quistas das últimas décadas, de forma que todos tenham a melhor chance de viver bem o seu tempo (SAUNDERS, In: BERTACHINI; PESSINI, 2011, p. 20-21).

Às vezes, o conhecimento científico sobre a evolução clínica de uma determinada doença crônico-degenerativa ou de um câncer revela que a administração de um determinado medicamento (caro) pode aumentar a sobrevivência do paciente, com qualidade de vida, em cerca, por exemplo, de um ano e oito meses a dois anos. Naturalmente que um ano e oito meses a dois anos pode significar muito pouco para alguém que esteja saudável e que mantém uma expectativa de vida por muitos anos ainda. Todavia, para aquele indivíduo que está doente, com uma doença em fase terminal, fora de possibilidade terapêutica com perspectiva de cura naquele determinado momento, um ano e oito meses a dois anos é todo o tempo de vida que ele tem, ou seja, é aquele tempo único e já conhecido que ele pode vir a viver. Portanto, é tudo aquilo que a ciência admite que ele pode “conseguir” viver. Para esse doente hipotético, esse é o tempo que ele terá para desfrutar um pouco mais com a sua família e amigos; ver o nascimento de um neto; estar presente na cerimônia de formatura de sua filha; fazer aquela viagem que ele sempre sonhou; amadurecer a ideia de finitude da vida; pisar a areia da praia pela manhã bem cedo; assistir um pôr do sol; escrever suas memórias; declarar o amor à sua companheira ou companheiro; abraçar, beijar, sonhar, se emocionar; passar mais um Natal, uma Páscoa, um aniversário junto àqueles que ama; aconselhar etc. A ninguém é dado o direito de negar isso. Não cabe ao Judiciário atuar contra a existência e a dignidade da vida humana.

O que podemos perceber é que com relação aos direitos sociais, ou, mais especificamente, com relação à efetivação desses direitos humanos constitucionalmente reconhecidos, há uma tensão entre o mercado e a política. Assim, nas palavras de Gilvan Hansen,

Tanto os mercados quanto a política se regem por uma racionalidade estratégica; o meio de que ambos se valem para fazer acontecer as suas metas é, respectivamente, o dinheiro e o poder; e ambos se movem por uma lógica custo-benefício para encaminhar suas ações na sociedade. Os subsistemas mercado e política, mais do que competir entre si no sentido de obter a primazia na definição das diretrizes sociais, exercem sobre o mundo da vida uma pressão no intuito de sua colonização. Isso provoca uma gradativa redução dos espaços comunicativos presentes no mundo da vida e ocasiona uma crescente neutralização moral da instância constitutiva da vida humana e uma perda de identidade individual e coletiva no âmbito das sociedades complexas (HANSEN, 2010, p. 20).

Nesse contexto, diante dessa realidade, impõe-se a autoridade do Poder Judiciário na defesa e proteção da nossa Carta Constitucional, e dos Princípios nela contidos, no sentido de garantir e assegurar que o direito

fundamental à saúde – na verdade, o direito humano à vida – não esteja submetido, e na dependência pura e simples, aos argumentos econômicos do mercado. Se nessa zona de tensão entre a política e o mercado, o direito fundamental à saúde é colocado como objeto de barganha estranho aos interesses firmados na nossa Constituição, não resta outro caminho: a Suprema Corte deve deixar a todos muito claro que aquilo que está posto como direito fundamental na Constituição deve prevalecer.

7.O DIREITO À SAÚDE E SUAS QUESTÕES ÉTICAS

Há, ainda, uma questão que queremos trazer para essa discussão: a questão ética. Isso porque, no caso de judicialização da saúde, o processo costuma envolver, em regra, pelo menos, cinco atores: o autor da ação, o réu (Poder Público), o juiz da causa, o advogado e o médico (aquele que assiste o paciente – autor da ação). Nesse sentido, no que diz respeito ao Código de ética Médica, este, no seu Capítulo I – dos Princípios Fundamentais -, incisos I e II, assim prescreve:

A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza. O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional (CFM, Resolução CFM nº 1.931/09).

Com relação ao Código de Ética e Disciplina da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), o Título I (Da Ética do Advogado), Capítulo I (Dos Princípios Fundamentais), artigo 2º estabelece que

O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes (OAB, Resolução do CFOAB 02/2015).

No que diz respeito ao Código de Ética da Magistratura Nacional, no Capítulo I (Disposições Gerais), artigos 2º e 3º, encontramos a seguinte afirmação:

Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos. A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas (Código de Ética da Magistratura Nacional).

Portanto, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais gozam da proteção ética tanto dos advogados (públicos e privados), quanto dos médicos e dos magistrados. E não podia ser diferente, por uma questão de justiça social. Então, no momento da discussão e da decisão final do caso levado aos Tribunais, esses Princípios não podem deixar de serem observados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa ousou trazer para o mundo do Direito dois novos Princípios a serem, ao nosso entendimento, obrigatoriamente considerados nas questões atinentes à judicialização da saúde: Os Princípios Constitucionais implícitos do Máximo Existencial e da Reserva do Necessário, que encontram fundamento também em Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos em que o Brasil é signatário.

Nesse sentido, cidadania e dignidade da pessoa humana, como fundamentos do direito à saúde no Brasil, incorporam ao conceito de saúde um núcleo duro essencial que obriga a sua efetivação pelo Poder Público, não admitindo que argumentos como o da Reserva do Possível e o do Mínimo Existencial possam servir como justificativas para que o Estado negue esse direito humano fundamental. Não cabe, portanto, ao Poder Público (ao Estado Brasileiro) alegar falta de recursos econômicos e determinar, assim, o sofrimento e/ou a morte de quem quer que seja.

Assim, o desenho constitucional do SUS revela que este sistema não encontra a sua fundamentação somente nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, mas que ele encontra fundamentação também nos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil, nos direitos sociais, nos direitos e deveres individuais e coletivos, na ordem econômica, na ordem jurídica internacional e no Preâmbulo da nossa Carta Magna, o que justifica compreendê-lo como um dos alicerces do nosso Estado Democrático e Social de Direito, e cláusula pétrea constitucional.

Finalmente, é possível reconhecer o SUS como o maior sistema público de saúde universal do mundo, não podendo ser considerado apenas um modelo de sistema de saúde ou uma política de saúde, mas sim um direito fundamental de natureza social, reconhecido constitucionalmente como sendo de relevância pública, que deve ser construído de modo a assegurar e garantir cuidados de saúde para todos, de forma universal, igual, integral, equitativo e gratuito, aberto à participação popular, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico da Nação, assentado sobre os pilares da cidadania e da dignidade da pessoa humana, respeitando as diversidades e acolhendo (e resolvendo, naquilo que for necessário fazer) as necessidades de saúde daqueles que procuram o SUS.

Neste sentido, o SUS é um sistema de inclusão social, que se realiza como um sistema de emancipação civilizatória, apto a contribuir favoravelmente para a melhoria do nosso índice de Desenvolvimento Humano, pronto a realizar suas ações e serviços públicos de saúde em prol de uma existência digna, sem qualquer forma de preconceito ou discriminação, e livre de toda forma de patrimonialismo, comprometido com a concretização dos Princípios dispostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de modo a ser um porto seguro para o direito à saúde, para o direito à vida – e à vida com dignidade.

REFERÊNCIAS

- ASENSI, Felipe. *Sistema Único de Saúde: Lei 8.080/1990 e Legislação Correlata*. Rio de Janeiro: Aluminus, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BERTACHINI, Luciana; PESSINI, Leo. *Encanto e Responsabilidade no Cuidado da Vida. Lidando com os Desafios Éticos em Situações Críticas e de Final de Vida*. São Paulo: Paulinas; Centro Universitário São Camilo, 2011.
- BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coords.). *Judicialização da Saúde. A Visão do Poder Executivo*. São Paulo: SaraivaJur, 2017.
- CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL
- CFM. Resolução CFM nº 1931/09. *Código de Ética Médica*, 2009.
- HANSEN, Gilvan Luiz. Facticidade e Validade da Desobediência Civil como Garantia da Justiça e da Democracia. *Em Tempo*, Marília, v. 9, set. 2010.
- KUKINA, Sérgio Luíz. A Judicialização da Saúde. In: *Medicina e Direito. Reflexões do VIII Congresso Brasileiro de Direito Médico. Brasília (DF), 3 e 4 de agosto de 2017*, Conselho Federal de Medicina, 2018.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizador); FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (coordenadora). *Constituição Federal Interpretada – artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri – SP: Manole, 2018

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Direitos Humanos e Utopias Jurídicas*. Fortaleza: Imprece, 2017.

NOBRE; Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.) *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OAB. *Código de Ética e Disciplina da OAB*. Resolução do CFOAB 02/2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos, Democracia e República: Escritos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes. Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

MERCADO DE CONSUMO E EUGENIA: Uma análise à luz dos direitos humanos e da bioética

Fernanda Franklin Seixas Arakaki

*Doutoranda em Direito UFF, Manhuaçu, Brasil,
fernandafs@sempre.facig.edu.br.*

Eduardo Sameck Martins dos Santos

*UNIFACIG Acadêmico em Direito, Manhuaçu, Brasil,
edusameck@hotmail.com*

Mateus de Oliveira Souza

*UNIFACIG Acadêmico em Direito, Manhuaçu, Brasil,
mateus.oliveira.souza@hotmail.com*

RESUMO

Com o avanço da biotecnologia, e as grandes descobertas na área do mapeamento genético, surgem benefícios e malefícios, porém diante destes, a presente obra irá abordar pontos chaves com fim de demonstrar que tal tecnologia pode ser um novo chicote nas mãos dos senhores de engenho, uma nova forma de segregar. Tais descobertas, têm cooperado para o bem-estar dos indivíduos de uma forma geral, como a detecção precoce de doenças; a probabilidade de se criar vacinas para doenças incuráveis; a possibilidade de criar órgãos compatíveis, ou células tronco que vão salvar ou melhorar a qualidade de vida de indivíduos. Contudo estas descobertas, podem trazer graves consequências sociais e econômicas, estes fatos produziram verdadeira revolução social. A segregação social sempre foi uma realidade desde que o mundo passou a ser habitado, seja por animais irracionais ou por seres dotados de intelecto. Contudo o que se vê e, que apesar de dotados de intelecto os seres humanos buscam meios de discriminação, preconceito e segregação. Isso porque, seria possível descobrir predisposições genéticas a determinados comportamentos antissociais ou, predisposição para determinadas moléstias e anomalias incuráveis e, apesar de ser nítida os benefícios desta tecnologia, este método, se utilizado com viés puramente econômico, poderá estabelecer na sociedade quais indivíduos poderiam galgar certos grupos e papéis sociais, ou seja, os que seriam excluídos de um padrão global perfeito. Assim, para que a engenharia genética alcance resultados positivos, em que não seja uma ferramenta moderna e avançada para promover segregação, deve estar pautada na democracia e respeito à dignidade da pessoa humana, baseada em preceitos morais e legais. De certo que diante dos fatos se faz necessário uma análise criteriosa do assunto a luz da bioética, que é tema deste artigo.

Palavras-chave: direitos humanos; bioética; eugenia.

INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico, as conexões e consequências sociais desse desenvolvimento são latentes nas sociedades contemporâneas. Tais conexões, evidenciam-se ainda mais com os avanços da engenharia genética, que se baseia na recombinação e manipulação dos genes.

A partir do “Projeto Genoma Humano”¹, abriu-se um grande leque de possibilidades e descobertas biotecnológicas que, tem-se mostrado de suma importância para melhor qualidade de vida das pessoas. Dentre essas possibilidades está a “eugenia”.

Neste sentido, inúmeros procedimentos têm cooperado para o bem estar dos indivíduos de uma forma geral, como a detecção precoce de doenças incuráveis ainda antes de se desenvolverem de fato, dando maiores chances de tratamento; a probabilidade de se criar vacinas para doenças incuráveis; a possibilidade de um casal neutralizar uma predisposição genética a doenças, seja por hereditariedade, por união entre primos de primeiro grau ou por gestações em mulheres com mais de 44 anos; a criação de vacinas e anticorpos; a possibilidade de criar órgãos compatíveis, ou células tronco que vão salvar ou melhorar a qualidade de vida de indivíduos.

Todo esse desenvolvimento, apesar de trazer grandes avanços na área da saúde, possibilitando intensas melhoras na qualidade de vida das pessoas, quando observado sob o enfoque econômico, deve ser visto com bastante cautela, posto que, sem a devida observância, limite e proteção necessária, pode trazer graves consequências sociais e econômicas.

Tal cuidado deve ser observado porque esses avanços possibilitará o ato de alteração das características genéticas, podendo, sem a devida proteção e conscientização necessária, criar verdadeiros abismos sociais.

A segregação social sempre foi uma realidade desde que o mundo passou a ser habitado, seja por animais irracionais ou por seres dotados de intelecto. A obra “A origem das espécies”, publicada por Charles Darwin em 1859 evidencia que o ambiente ordena a importância de determinadas características para sobrevivência das espécies (DARWIN, 2009, p. 85 - 90), no entanto, atualmente a seleção natural prevista em tal teoria ganha um novo aspecto por conta da modificação genética por meio da tecnologia.

Isso porque, seria possível descobrir predisposições genéticas a determinados comportamentos antissociais ou, predisposição para determinadas moléstias e anomalias incuráveis e, apesar de ser nítida os benefícios desta tecnologia, este método, se utilizado com viés puramente econômico, pode-

rá estabelecer na sociedade quais indivíduos poderiam galgar certos grupos e papéis sociais, ou seja, os que seriam excluídos de um padrão global perfeito ou quase perfeito, de certa forma, os que não puderem custear com tais avanços, e, os com predisposições teratológicas, estariam automaticamente excluídos dos mais diversos grupos sociais¹.

Assim, para que a engenharia genética alcance resultados positivos, em que não seja uma ferramenta moderna e avançada para promover segregação, deve estar pautada na democracia e respeito à dignidade da pessoa humana, baseada em preceitos morais e legais.

Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo fazer uma análise do desenvolvimento da eugenia e os aspectos bioéticos, sociais e econômicos que envolvem. Para tanto, será desenvolvida uma pesquisa de caráter bibliográfica e abordagem qualitativa, utilizando-se do método hermenêutico doutrinal para a investigação dos conceitos e análise do tema. Salienta-se que essa pesquisa tem grande relevância jurídica e social no Estado democrático de direito.

1. ENGENHARIA GENÉTICA E MANIPULAÇÃO: BENEFÍCIOS E RISCOS POTENCIAIS

Com a chegada da engenharia genética de forma concreta e palpável a humanidade, tendo como ápice o projeto Genoma humano, no qual como dito acima, diferentes países engajados com o fim de mapear o DNA humano, através deste advento, assim como toda descoberta transformadora, o mapeamento genético traz efeitos positivos e negativos conforme o objetivo no qual tal instrumento científico e aplicado.

Contudo, se faz necessário ressaltar em primeiro plano as benesses advindas com a manipulação de genes como:

A criação de novos antibióticos que possam combater de forma eficaz fungos e bactérias, que estão com o passar dos anos mais resistentes às drogas existentes hoje para controle de infecções, conforme relata o infectologista Antônio Carlos Campos Pignatari professor da escola paulista de medici-

¹ Existe um método chamado PGD (diagnóstico genético pré-implantacional) é um procedimento em que uma célula do embrião é retirada e submetida a uma análise genética. O procedimento é realizado com o objetivo de selecionar e transferir embriões sem anomalias genéticas para o útero materno. Porém esse procedimento viabiliza a seleção de sexo do embrião que é justificada quando utilizada para evitar transtornos genéticos ligados ao sexo. Porém, a seleção de sexo também pode ser feita com o objetivo exclusivo de balanço familiar. Independentemente do motivo utilizado para a realização da seleção de sexo embrionário, algumas questões como o destino dos embriões do sexo indesejado e a possível utilização do PGD como ferramentas de eugenia são as questões mais debatidas nesse contexto (ETHICS COMMITTEE OF ASRM, 1999).

na, onde ele afirma, “Os germes resistentes se espalham por toda a Terra, em menor ou maior prazo” (Antônio Carlos Campos Pignatari, 1994) “Aqui, cabem bilhões de bactérias. E, como em qualquer população, há diferenças entre os indivíduos. Do mesmo modo como existem pessoas loiras e morenas, baixas e altas, gordas e magras — todas igualmente seres humanos —, numa colônia de bactérias de uma mesma espécie devem existir aquelas com alguma característica, capaz de torná-las resistentes”. (Antônio Carlos Campos Pignatari, 1994)

Destarte, da mesma forma os fungos têm evoluído e a cada dia que se passa, a cada tratamento investido, a cada droga antifúngica seja recentemente criada ou já utilizada há décadas, estes microorganismos estão se tornando cada vez mais resistentes, como um surto do fungo conhecido como *Cândida auris*², que em pouco tempo tomou todo o hospital aos arredores de Londres, tal fungo mostrou-se resistente quase todas as terapias medicamentosas administradas.

Portanto, desta maneira, a engenharia genética pode tornar possível ao construir novas combinações de genes, codificar novos antibióticos capazes de destruir superbactérias e super fungos.

No campo da imunização através de vacinas existem duas formas mais utilizadas que são os agentes atenuados e inativado, concernente às vacinas bacterianas nestes moldes elas podem gerar uma série de contratempos, como reações adversas e a própria reversão da atenuação, porém, se utilizado a clonagem, em vetores genéticos, de antígenos bacterianos com boa resposta imunológica, podem ser criadas vacinas para doenças como: *E. coli* enteropatogênica (causa diarreia epidêmica não sanguinolenta em crianças), *Neisseria gonorrhoea* (gonorreia), *Treponema pallidum* (Sífilis), *Vibrio cholerae* (cólera), *Salmonellas* (infecções gastro-intestinais) e *Shigella sonnei* (infecções diarreicas em crianças).

Contudo às vacinas virais, com a aquisição da proteína vacinal, com a técnica do ADNr (DNA modificado), tem vantagens, como a não utilização do vírus cultivável, a não administração da partícula viral completa. A vacina contra a febre aftosa e a vacina contra a hepatite B podem ser vistas como pioneiras, protótipos de produção de vacinas virais por engenharia genética.

De forma mais clara e precisa mesmo sabendo que já foi mencionado na introdução do presente trabalho, com o mapeamento genético e através eugenia, pode-se prevenir doenças hereditárias ou até mesmo prevê a predisposição de um indivíduo a tal. Assim como pode-se com a engenharia genética alterar o gene defeituoso a fim que o mesmo não seja deficiente, pode-se ainda produzir células boas como as nervosas e adicionais com o fim de subs-

² Perigoso fungo resistente a medicamentos (candidíase)

tituir as danificadas de um sistema. Seria a salvação de pessoas com deficiências incuráveis como a leucemia, tetraplegia. Indivíduos que nasceram com inutilidade ou ausência de determinado órgão, o mesmo poderá em tese ser criado a partir de seu material genético, enfim é uma gama de benefícios que devem ser estudados e pontuados, abalizando risco x benefício, custo x benefício.

Portanto, sabendo que ainda não foi esgotado o rol de benesses que a engenharia genética poderia trazer a humanidade, será exposto aqui no presente artigo de forma objetiva e sucinta alguns dos pontos negativos.

Como relação a acidental ou proposital inserção do gene de uma bactéria por exemplo tornando-a resistente a penicilina, como ficaria trabalhosos tratar infecções cuja suas bactérias são sensíveis a mesma, para que não tenha erros ou ações propositalis com fins escusos, deve-se haver um rigoroso controle das inovações tecnológicas na engenharia genética, ou pode-se estar dando aval para a criação de agente que destruíram uma boa parcela da humanidade como as armas biológicas.

Destarte o ponto negativo mais relevante para o mapeamento genético, é o fato de que tal conhecimento do gene humano de forma individual, gere uma ferramenta monumental para a segregação social. Conforme citado na revista (SUPER INTERESSANTE, 1994), existem operadoras de plano de saúde que ao constatar através de um banco de dados específico, que um indivíduo possui predisposição genética a determinada patologia congênita ou não, não aceita estes indivíduos em suas carteiras de clientes.

O uso sem critérios da informação sensível sobre a saúde de pessoas submetidas a testes pode ocasionar discriminação em cenários variados, como trabalho, escola e empresas de planos de saúde, sobretudo em países como o Brasil, onde são frágeis ou inexistentes políticas claras e suficientes para preservar a identidade das pessoas em relação a suas informações sensíveis (GUEDES; DINIZ, 2009; PAZELLO; KAMEDA, 2013)

Da mesma forma pessoas, com um poder aquisitivo maior, podem escolher os genes superpoderosos de suas linhagens nos laboratórios dotando o mesmo de traços genéticos que beiram a perfeição, será que é justo? Já que os menos favorecidos financeiramente não terão a mesma oportunidade, e provavelmente vítima de preconceito, discriminação e segregação.

2. ENGENHARIA GENÉTICA: UM NOVO MERCADO DE CONSUMO

Nos dias de hoje já é uma realidade, várias clínicas especializadas em fertilização assistida, e tal procedimento já é um produto de consumo desti-

nado às classes C, D e E, que podem pagar grandes quantias pelo procedimento que não é coberto pelo SUS, ou seja, homens e mulheres das classes sociais A e B, que dependerem deste procedimento para realizarem o sonho de serem pais, não puderam devido ao alto custo da técnica realizarem seu sonho. O que leva ao seguinte raciocínio, através do mapeamento genético é possível escolher a cor do olhos e cabelos de seu filho assim como, inserir ou modificar os genes para que a criança seja superdotada intelectualmente e fisicamente, remover possíveis traço que levariam ao mesma a tendências psicóticas ou outras características indesejáveis. Diante de tais possibilidades disponíveis no mercado em um futuro próximo, não seria “uma nova busca pela raça ariana ou purificação da raça”, gerando segregação social, isolamento?

Enquanto de um lado da balança estão os financeiramente capazes que poderão beirar a perfeição, do outro lado estarão os considerados escória da sociedade por suas imperfeições naturais não alteradas geneticamente, que, como nos dias de hoje os que não seguem determinados padrões são alienados automaticamente de determinados círculos sociais, tal tecnologia no mercado financeiro que por si só, já é algoz e cruel daria margem para barbáries sem medida.

Será que diante desta monumental descoberta, não seria um gatilho para uma fantástica destruição em massa? Não seria uma forma de destruir milhões de pessoas sem a necessidade de utilizar bombas nucleares ou gastar milhões com artefatos bélicos? A filosofia Hitleriana da raça pura ainda está latente em vários indivíduos no mundo que buscam a purificação da espécie, tal tecnologia sem se fazer um raciocínio lógico e um amplo debate científico, social e econômico com o fim de haver um acordo mundial para que tal técnica não seja empregada como fim de destruir vidas mais de que salvá-las.

O criminoso nato de Lombroso seria reconhecido por uma série de estigmas físicos: assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, características sexuais invertidas, tatuagens, irregularidades nos dedos e nos mamilos etc. Lombroso chegou a acreditar que o criminoso nato era um tipo de subespécie do homem, com características físicas e mentais, crendo inclusive, que fosse possível estabelecer características pessoais das diferentes espécies de delinquentes: ladrões, assassinos, tarados sexuais etc. (BITENCOURT, 2017, p. 115)

Caso não se faça esta importante reflexão, o mundo corre o risco de voltar a um passado tenebroso neste aspecto, e passará a classificar todos por suas características genéticas, como no arcaico Direito Penal dos anos de 1835-1909 o indivíduo disformes assimétricos com orelhas e narizes maiores, dentição anormal, olhos com anomalias, mamilos diferentes, tudo que fugia

do padrão anatômico, eram considerados assassinos, conforme os estudos de “Cesare Lombroso”.

3. EUGENIA E SEGREGAÇÃO NAS SUAS DIVERSAS VERTENTES

A segregação social é ramificada em diversas vertentes que por sua vez são delimitadas por características determinantes no que tange às diversas “rotulações sociais” existentes, tal ramificação é potencializada devido ao mercado de consumo supracitado pois com a engenharia genética é possível elevar desigualdades que são pautadas em características biológicas em uma nova escala nunca vislumbrada na história da humanidade.

Levando em consideração a seleção natural das espécies e suas características, pode-se afirmar que tal seleção determina um mecanismo fundamental no entendimento no que diz respeito à predisposição da evolução de determinados seres vivos.

No que concerne o período da pré-história, percebe-se que a capacidade dos hominídeos de raciocinar assim como suas características biológicas e físicas foram essenciais para a escala evolutiva que deu origem a espécie humana após muitos anos. Os hominídeos criaram ferramentas, destacando-se dos outros animais e assim dando origem à segregação neste período.

Em um contexto contemporâneo, existem inúmeras formas de segregação que tornam a civilização cada vez mais dividida em castas, tal divisão cria “barreiras sociais” praticamente intransponíveis, dificultando assim a ascensão social dos que almejam melhorar suas vidas e que se encontram em situações menos privilegiadas. Levando em conta as desigualdades sociais em um contexto de opressão oriundo das segregações, Freud (2007) diz que:

Quanto às restrições que concernem apenas a determinadas classes da sociedade, encontramos condições duras e que jamais foram ignoradas. É de esperar que essas classes desfavorecidas invejem as prerrogativas das privilegiadas e tudo façam para livrar-se de suas privações extras. Quando isso não for possível, haverá uma duradoura insatisfação no interior dessa cultura, que poderá conduzir a rebeliões perigosas. Porém, se a cultura não foi além do ponto em que a insatisfação de uma parte de seus membros tem como pressuposto a opressão de outra parte, talvez a maioria - e esse é o caso de todas as culturas atuais -, então é compreensível que esses oprimidos desenvolvam forte hostilidade em relação à cultura que viabilizam mediante seu trabalho, mas de cujos bens participam muito pouco. Assim, não se pode esperar uma internalização das proibições culturais nos oprimidos; pelo contrário, eles não se dispõem a reconhecê-las, empenham-se em destruir a própria cultura, e eventualmente em abolir seus pressupostos. A hostilidade à cultura dessas classes é tão evidente que não se deu atenção à hostilidade

mais latente das camadas favorecidas da sociedade. Não é preciso dizer que uma cultura que deixa insatisfeito e induz à revolta um número tão grande de participantes não têm perspectivas de se manter duradouramente, nem o merece. (FREUD, 2007, pp. 242-243)

Mediante o exposto, uma destas formas de segregar é por meio da etnia, tal ato se refere ao impedimento de qualquer pessoa usufruir de seus direitos garantidos por lei apenas por sua raça. A população negra vem sofrendo tal segregação por muitas gerações, no entanto, o racismo não é a única maneira de marginalizar um determinado grupo. Segundo o historiador inglês Eric Hobsbawm (2009):

O racismo impregna o pensamento desse período numa extensão difícil de avaliar hoje, e nem sempre fácil de compreender. (Por que, por exemplo, o horror generalizado pela miscigenação e a crença quase universal entre os brancos de que os mestiços herdavam exatamente as piores características das raças de seus pais?) Além de sua conveniência como legitimação do domínio do branco sobre os não brancos, dos ricos sobre os pobres, ele talvez possa ser mais bem interpretado como um mecanismo por meio do qual uma sociedade fundamentalmente desigual, mas baseada numa ideologia fundamentalmente igualitária, racionalizava suas desigualdades e tentava justificar e defender os privilégios que a democracia implícita em suas instituições não pode deixar de contestar. O liberalismo não tinha nenhuma defesa lógica contra a igualdade e a democracia; por isso, a barreira ilógica da raça foi levantada: a própria ciência, trunfo do liberalismo, podia provar que os homens não eram iguais. (Hobsbawm, 2009, pp. 370-371)

O imigrantismo propunha não somente a troca do negro pelo branco nos ‘setores fundamentais da produção’, como também arquitetava um projeto de regeneração e capacitação para o trabalho, cujo instrumento era a miscigenação, de que se esperava o desejado branqueamento moralizador das populações negras (CARVALHO, 1989 p. 36).

Após a mudança do século XIX para o século XX, os negros mesmo tendo alcançado a liberdade à qual foi retirada dos mesmos apenas por sua raça, tiveram dificuldades para serem inseridos no mercado de trabalho pois eram considerados menos eficazes na atividade laboral apenas por sua cor de pele, os brancos por sua vez eram considerados mais capazes de realizar as atividades necessárias.

4. A BIOÉTICA E OS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DA ENGENHARIA GENÉTICA

Na medida do desenvolvimento da engenharia genética, torna-se de suma importância a presença de uma positivação legal criada especificamente

para regular de forma efetiva tal área que se faz presente na bioética à luz dos direitos humanos garantidos pelo Estado democrático de direito.

[...]. Causa espanto o fato de que as crianças do futuro venham a ser alteradas para servirem algum desígnio sinistro não para aumentá-lhes a capacidade de serem felizes. Este temor tem pleno cabimento em um mundo ainda impregnado de totalitarismo e racismo, e só se atenua, quando estiver consolidado universalmente a democracia e o respeito aos direitos humanos. (PESSOA, 1994, p. 40, 41)

Tal necessidade supracitada traz consigo a fusão entre a bioética e o biodireito, que por sua vez trazem consigo uma responsabilidade em larga escala devido a suas respectivas capacidades contributivas para preencher as lacunas existentes no âmbito ético, biológico e principalmente jurídico que se fazem presente no contexto contemporâneo pautado nas transformações oriundas do avanço tecnológico da engenharia genética. Saldanha, Brandão e Fernandes, ao analisar a bioética e o biodireito, concluem que:

O direito, ordem social mutável, sofre a exigência de uma grande transformação em virtude da substancial mudança social determinada pela bioética. Ainda que se tome a bioética em seu sentido estrito, ou seja, ética relacionada com as novas conquistas biotecnológicas, abrangente, então, de questões como manipulação genética, reprodução assistida, transexualidade, manutenção da vida artificial, eutanásia, etc. (com todas as suas derivações), somente o 'limitado' âmbito de problemas delas decorrentes já é suficiente para impor ao Direito uma modificação substancial. Quando se adentra nas derivações de cada um desses campos e, ainda, se amplia sua abrangência para temas como o meio ambiente, então, ampliado fica também o desequilíbrio a que é submetido o Direito. (SALDANHA; BRANDÃO; FERNANDES, 1998. p.98-99)

O tema tratado neste trabalho busca alertar a comunidade acadêmica, de que, reconhecidos os benefícios da tecnologia em pauta, esta, deve ser colocada na balança, com a finalidade de passar por uma análise criteriosa no campo da Bioética e dos Direitos Humanos, de forma a servir de baliza para tratados e acordos internacionais que determinem limites para o consumo e disposição da ciência em questão a população, para que de modo cruel e desastroso venha em sua sombra segregação, morte e destruição.

CONCLUSÃO

As transformações da biotecnologia geradas a partir da engenharia genética necessitam da atuação eminente do legislador, para que os direitos humanos garantidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos e Constituição da República Federativa do Brasil se mantenham preservados.

Dentre os quais, em consonância com a presente exposição que tem por finalidade debater os aspectos positivos e negativos no campo da Bioética, a Eugenia e o Mapeamento Genético no que tange aos Direitos Humanos. Portanto, é de grande relevância para o tema em questão, salientar dois princípios constitucionais recebido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que já faz parte do Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 do qual o Brasil é signatário, que são o da Igualdade e da Dignidade da pessoa humana.

De forma inequívoca o Princípio da igualdade estabelece no art. 5º, *caput*, da CF/88, assegurar que todos os indivíduos são iguais perante a lei, isso significa serem tratados pelos seus semelhantes e por seu governo de forma igualitária, ou seja, todos são iguais em direitos e deveres. Contudo é necessário que se busque de forma isonômica a igualdade material, ou a igualdade substancial, conforme a, Oração aos Moços de Rui Barbosa, galgada e impregnada da lição Aristotélica, determinando-se que. “Trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”. (LENZA, Pedro, 2018, p. 1197).

Desta forma, é necessário modular através de dispositivos legais, para que de fato a revolução genética que está em curso seja de forma isonômica distribuída a todos, para que não se acentue o abismo já existente entre as classes, e que não seja um instrumento afiado na mãos de classes abastadas ou das vorazes feras insaciáveis do capitalismo exacerbado, com fim de segregar mais ainda indivíduos menos favorecidos que serão cruelmente submetidos a um hecatombe moderno, caso não haja a égide substancial dos Estados.

Contudo, em paralelo com o Princípio da Igualdade, vem anteposto a este o da Dignidade, em que, todos os seres humanos devem ser tratados de forma digna, de forma humana, não degradante, não estar submetidos a condições inclementes de subsistência. Portanto desta forma, é necessário que, diante de tais avanços da ciência, que tem sido transformados em produtos de potencial consumo, estabelecer parâmetros legais para que todos tenham acesso de forma legal e igualitária.

No que tange a “Dignidade da Pessoa” humana, há um grande temor de que, com a infinita gama de possibilidades no campo do mapeamento genético assim como suas inovações tecnológicas, tais avanços venham a destruir o mínimo de dignidade que as classes menos favorecidas têm, criando com alto investimento uma raça perfeita, sem anomalias genéticas, super inteligente, portadores de um sistema perfeitamente funcional em sua fisiologia e morfologia, e detentor de um esqueleto e musculatura anatomicamente resistente hipertrófica e perfeita, ou seja homens e mulheres indestrutíveis, biônicos, isso sem abordar os grandes avanços na sintetização de órgãos arti-

ficiais, mas este não é o tema em questão. Portanto neste contexto os que tiverem recursos para vestirem esta armadura, gozaram de padrões elevadíssimos de vida, conhecimento e oportunidades, fazendo com que quem não possa usufruir de tais experimentos, seja lançado para fora da sociedade e conseqüentemente existe o temor de que sejam seres descartáveis e inutilizados. Adolf Hitler na busca por uma raça perfeita, mandou que, no auge do holocausto, exterminar não apenas judeus, mas seus próprios compatriotas que eram portadores anomalias, deficiências físicas, metal ou apenas por que o sujeito não possuía as feições da raça ariana perfeita. o que se busca com este artigo é, conscientizar aos chefes de Estado, parlamentares, cientistas, juristas, sociólogos e doutrinadores que é necessários discutir o assunto de forma aprofundada e criar dispositivos que balizem de forma consciente e igualitária este tema.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Raylla e GARRAFA Volnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. *Rev. bioét.* (Impr.). 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto , Tratado de Direito Penal, v.1, ct., p. 115

CARVALHO, Marta M. Chagas. A escola e a República. 1ª ed. S.P.: Ed. Brasiliense, 1989. Coleção tudo é História.

Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, caput

COSTA, Judith Martins. Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Rumo à Construção do Biodireito. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 18, 2000.

DARWIN, Charles. A origem das espécies. 1.ed. Leça da Palmeira: 2009.

FREUD, Sigmund. (2016). O futuro de uma ilusão. In S. Freud. *Obras completas* (Vol. 17). São Paulo: Companhia das Letras. (Trabalho original publicado em 1927).

FROTA PESSOA, OSWALDO. Quem tem medo da eugenia? 40, 41. *rev. usp.* São Paulo, 1994.

HIBBERT, Christopher, Las raíces del mal, cit., p. 209 e 213

HOBSBAWM, E. (2009). *A era do capital. 1848-1875.* (14ª ed.). Rio de Janeiro: Paz e Terra.

LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, 22ª edição, 2018, p. 1197

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALDANHA, Caria; BRANDÃO, Paulo de Tarso; FERNANDES, Tycho Brahe. Bioética e biodireito. In: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). Ética & bioética. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. p.98-99.

SALDANHA, Caria; BRANDÃO, Paulo de Tarso; FERNANDES, 1998. p.98-99.

SUPER INTERESSANTE, Publicado em 30 set 1994

THE ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Sex selection and preimplantation genetic diagnosis. Fertility and Sterility, v. 72, n. 4, 1999.

O DIREITO DE ACESSO À SAÚDE E A CONSTITUCIONALIDADE DO RESSARCIMENTO AO SUS PREVISTO NA LEI 9.656/98

Graziela de Caro Reis Machado

*Universidade Federal Fluminense, mestranda do Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa (PPGJA). Niterói, Brasil.
grazidcaro@gmail.com*

Agnaldo Machado

*Mestre em ciências contábeis pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Rio de Janeiro, Brasil.
agnamac11@gmail.com*

RESUMO

O artigo analisa o tema sob a ótica do direito universal à saúde, previsto na Constituição Federal de 1988 em conjunto com a possibilidade de posterior ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) das despesas geradas pelos indivíduos que possuem plano de saúde (sistema privado) ao utilizar-se de um dos serviços públicos disponíveis. Consiste em uma pesquisa bibliográfica e com base em uma proposta qualitativa metodológica acerca do posicionamento dos tribunais superiores no tocante ao tema. A Lei n. 9.656/98 estabelece, em seu art. 32, que as operadoras de plano privado de assistência à saúde podem ser responsabilizadas por restituir as despesas ao SUS decorrentes de tais atendimentos prestados. Recentemente, a questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário n. 597064, com repercussão geral reconhecida, no qual considerou válida e constitucional a possibilidade de ressarcimento ao SUS, vez que a devolução dos valores gastos é uma importante medida de retorno para a população. Não obstante, é analisado o argumento das operadoras de plano de saúde acerca do referido dispositivo, por abordar a participação na saúde com um caráter suplementar e que a referida norma representaria uma nova fonte de receitas para seguridade social.

Palavras-chave: ressarcimento ao SUS; planos de saúde; direito e saúde; constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a abordar a constitucionalidade da Lei nº 9.656/98, na qual dispõem sobre a possibilidade de ressarcimento ao SUS (Sistema Único de Saúde) pelas despesas geradas quando determinado indivíduo, já portador de plano de saúde (sistema privado), utiliza o sistema público de saúde no Brasil.

O Art. 32 da Lei nº 9.656/98 prevê que as operadoras de planos privados de assistência à saúde podem ser responsabilizadas por restituir as despesas ao SUS, relacionadas ao atendimento de uma pessoa coberta por tais planos de saúde. No Brasil, o acesso à saúde é um direito universal, contudo, referida lei visa o posterior pagamento das despesas ocasionadas no atendimento público, desde que incluídas na cobertura contratual estabelecida entre o ente privado e o particular. Tal entendimento foi fixado em repercussão geral, durante o Recurso Extraordinário (RE) nº 597.064.

Recentemente, houve julgamento pelo STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.931, acerca de tal impasse, no qual a constitucionalidade da referida norma foi garantida, como forma de vedação ao enriquecimento ilícito pelas operadoras. O intuito precípua consiste no retorno de dinheiro público gasto com o financiamento da assistência à saúde dos beneficiários de planos privados.

Nesse diapasão, obtém-se o plano de fundo do presente artigo: o debate acerca da constitucionalidade do ressarcimento gerado pelo atendimento ao indivíduo na rede pública, quando portador de plano privado.

Assim, o trabalho tem como objetivo geral estabelecer a discussão acerca do direito de acesso à saúde no Brasil, garantido a todos, e a recente decisão de reembolso ao sistema público de saúde, bem como a necessidade de controle e fiscalização das cobranças de tais consultas, como forma de assegurar a isonomia e uma melhor distribuição dos investimentos em saúde pública, a fim de reduzir o déficit e as diferenças regionais brasileiras. Ademais, o artigo consiste em uma pesquisa bibliográfica e com base em uma proposta qualitativa metodológica acerca do posicionamento dos tribunais superiores no tocante ao tema.

1. O DIREITO DE ACESSO À SAÚDE: UM DIREITO UNIVERSAL?

Uma importante inovação trazida pelo legislador constituinte em 1988 foi considerar o direito de acesso à saúde como um direito de todos e dever do Estado. Com isso, foi realizado um importante marco no Brasil: a saúde como um direito social e de acesso pleno, sem distinções. Tal previsão constitucional é de vital importância para a formação do Estado Democrático

Brasileiro, sobretudo para a segurança e proteção da dignidade da pessoa humana, como garantia do acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde, qualquer que sejam os indivíduos que necessitem utilizá-lo. Os serviços oferecidos integram uma rede regionalizada e hierarquizada, em um Sistema Único de Saúde: o SUS.

A rede que compõem o SUS é ampla e abrange ações e serviços de saúde. Assim, engloba-se a atenção básica, de média e de alta complexidades, os serviços urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária, ambiental e assistência farmacêutica.

Com o advento do SUS, toda a população brasileira passou a ter direito à saúde universal e gratuita, financiada com recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do artigo 195 e 196, ambos da Constituição Federal. Assim, o SUS é um modelo gratuito, igualitário e universal, mantido, principalmente, com recursos oriundos do orçamento da Seguridade Social, no âmbito federal e recursos dos orçamentos fiscais de Estados e Municípios.

A Lei nº 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar: universalidade, equidade e integralidade. O Artigo 2º da referida lei explicita:

A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Outrossim, além da previsão nos diplomas normativos esparsos e na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde se encontra sedimentado no protocolo de São Salvador adicional à Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que reflete tamanha a sua importância nos dias atuais.

Historicamente, antes da Constituição Federal de 1988, o acesso à saúde era garantido aos trabalhadores vinculados à Previdência Social, que correspondia a aproximadamente 30 milhões de pessoas com acesso aos serviços hospitalares, ao passo que o atendimento aos demais cidadãos era restrito às entidades filantrópicas. Na tentativa de conter constantes greves e insatisfações dos trabalhadores, em 1923, a Lei Eloy Chaves foi criada e insti-

tuiu a primeira Caixa de Aposentadoria e Pensão dos Ferroviários, base do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Em 1963, ocorreu a 3ª Conferência Nacional de Saúde, na qual foi responsável pelos diversos estudos para a criação de um sistema de saúde em que houvesse acesso a todos e obtivesse uma organização descentralizada. O movimento por uma reforma sanitária, que tem como marco a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, recomendou a reestruturação do Sistema Nacional de Saúde.

Posteriormente, com o advento do SUS, o acesso universal ao sistema público de saúde tornou-se basilar para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Portanto, a saúde foi estendida a todos que dela pudessem precisar, desde a gestação até a terceira idade.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, com destaque para a atuação em sede inicial, como no caso da medicina preventiva, e até para a realização de procedimentos mais complexos, como transplante de órgãos e cirurgias avançadas.

Não obstante, estima-se que mais de 70% da população brasileira depende exclusivamente do SUS (MAIS SAÚDE, 2008), somado a uma grande extensão territorial e diferente densidade demográfica presente em diversas regiões do país. Tais fatores geram certas dificuldades para a garantia do mandamento constitucional de acesso integral, universal e gratuito para toda a população do direito de acesso à saúde. A universalidade é uma característica marcante do sistema de saúde brasileiro, sobretudo pela concepção de Estado de bem-estar social.

No artigo 6º da Constituição Federal, a saúde é definida como um direito social. Os direitos sociais possuem como pilar a garantia aos indivíduos de condições materiais dignas e imprescindíveis para o pleno gozo de seus direitos, por isso, tendem a exigir do Estado uma intervenção na ordem social que assegure os critérios de justiça distributiva (PESSOA, 2011). Dessa forma, a promoção de direitos fundamentais requer uma satisfação positiva, uma atuação do Estado capaz de satisfazer importantes melhorias sociais, como por meio de políticas públicas eficientes. O artigo 196 da Constituição Federal dispõe que:

[...] a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

O reconhecimento do acesso a saúde como um direito social e fundamental permite que lhe seja assegurado, desde logo, a sua execução, conforme disposto no art. 5º, parágrafo 1º da CRFB/88 e como garantia à popula-

ção de respeito ao mínimo existencial permitido não apenas pela Lei nº 8080/90, denominada de Lei Orgânica da Saúde, como também pela própria Constituição Federal.

2. OS PLANOS DE SAÚDE PRIVADOS NO BRASIL E RESSARCIMENTO AO SUS PREVISTO NA LEI 9.656/98

Não obstante a saúde ser um direito universal, há a possibilidade de obtenção de planos de saúde privados no Brasil, de acordo com os valores ajustados como forma de pagamento e a correspondente cobertura pelos serviços oferecidos. Caracteriza-se pela atuação das seguradoras de saúde, das empresas de medicina de grupo, das cooperativas médicas e das entidades de autogestão.

O atual modelo de planos de saúde comerciais é novo, com o início crescente a partir da década de 1950 e foi massificado a partir da Promulgação da Constituição de 1988. Coincidentemente, tal surgimento ocorreu com o período de instalação das indústrias automobilísticas no período do Governo Kubitschek. Isso ocorreu em razão da desvinculação da previdência social, no qual os empresários e os trabalhadores custeavam a assistência médica sob a intermediação das empresas de medicina de grupo ou dos serviços próprios de saúde das respectivas empresas empregadoras.

Há o funcionamento dos planos de saúde de acordo com a ideia de precaução, cujo o objetivo visa, sobretudo, assegurar o risco derivado de adoecer e funcionam com base na cobertura dos custos decorrentes de uma possível necessidade de uso dos bens e serviços de saúde. Ademais, os planos de saúde sofrem monitoramento da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A ANS é uma agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil, no qual fiscaliza a comercialização de tais planos privados, para que atendam aos ditames estabelecidos em lei e que sejam comprovadas as melhorias no atendimento ofertado.

De certo, o setor privado apresenta mais profissionais médicos do que a rede pública de saúde no Brasil. De acordo com estudo realizado pela Demografia Médica no Brasil, em janeiro de 2018 havia 452.801 médicos no território brasileiro, o que corresponde à razão de 2,18 médicos por mil habitantes. Seguindo a referida pesquisa:

Em 2017 o Brasil possuía taxa de 10,2 médicos diplomados por 100 mil habitantes, a mesma de Portugal e acima de Estados Unidos (5,5), Reino Unido (6,7), Suíça (7,8) e Espanha (8,7). O Brasil assiste ao aumento desse indicador em razão de sua política de abertura de novos cursos de Medicina. (DEMOGRAFIA MÉDICA, 2018)

Não obstante, grande parte dos médicos não se encontram no SUS, mas sim parcela expressiva situa-se no setor privado. Além disso, há desigualdade na distribuição do acesso aos planos de saúde no Brasil, vez que parcela expressiva de brasileiros não possuem plano de saúde. De acordo com Pesquisa Nacional de Saúde (PNS, 2013) cerca de 27,9% da população possuem algum plano de saúde (médico ou odontológico). As regiões Sudeste (36,9%), Sul (32,8%) e Centro-Oeste (30,4%) apresentaram as maiores proporções em comparação com as regiões Norte (13,3%) e Nordeste (15,5%).

No momento em que o Sistema Único de Saúde completa 30 anos, é inequívoco o cenário de crise atual, marcada pela deficiente infraestrutura e necessidade de estratégias que possibilitem uma maior eficiência no atendimento realizado. Nesse aspecto, o art. 32 da Lei no 9.656/98 consistiu um importante avanço na contenção de despesas frente aos gastos com determinados usuários do serviço público de saúde. De acordo com o referido artigo:

Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

Assim, quando uma pessoa portadora de plano de saúde utilizar dos serviços do SUS, o Poder Público poderá cobrar do respectivo plano privado o ressarcimento que ele teve com essas despesas no âmbito público. É notório que o direito à saúde é universal, mas em tais casos haverá a cobrança em razão da necessidade de ressarcimento dos custos com determinado tratamento oferecido ao indivíduo, quando este poderia, também, ser atendido na esfera particular.

Considera-se, então, a possibilidade de ressarcimento ao SUS, no qual surge através de uma obrigação legal, para que as operadoras de plano de saúde privados restitua as despesas geradas pelos usuários que utilizem tal serviço e quando estabelecidos dentro da cobertura assegurada pelo plano.

De acordo com a referida lei 9.656/98, primeiramente, haveria a necessidade de correspondência dos dados do sistema de informação do SUS com o Sistema de Informações de Beneficiários (SIB) da própria agência, para identificar as pessoas que foram atendidas na rede pública e que possuem plano de saúde. Com isso, em um primeiro momento, há o atendimento sem distinções pelo sistema público de saúde. Posteriormente, a ANS realizará o cruzamento dos dados presentes no sistema de informação e notificará a operadora.

Após a notificação dos atendimentos que foram realizados às operadoras de plano de saúde privado, abre-se a possibilidade para que estas contestem pela via administrativa possíveis incongruências. Por exemplo, se for comprovado que os serviços prestados no atendimento identificado não estão previstos na cobertura contratual, a identificação é anulada. Contudo, caso não sejam detectadas demais incongruências, as referidas operadoras são passíveis de inclusão no Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin) e os débitos inscritos em dívida ativa da ANS para, em seguida, serem executados³.

É imperioso destacar que os valores recebidos a título de ressarcimento ao SUS, será repassado pela ANS para o Fundo Nacional de Saúde. O Fundo Nacional de Saúde (FNS) é considerado o gestor financeiro dos recursos destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS), na esfera federal. A principal missão deste consiste na contribuição para o fortalecimento da cidadania, mediante a melhoria contínua do financiamento das ações de saúde.

De acordo com a Emenda Constitucional nº 29/2000 e a Lei Complementar nº 141/2012, os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de fundo de saúde. Ademais, é imperioso destacar que a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990) e a Lei nº 8.142/1990 estabelecem que os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob a fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.

3. O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO ART. 32 DA LEI 9.656/98

O Supremo Tribunal Federal considerou que o art. 32 da Lei nº 9.656/98 é constitucional, conforme julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.931 e no Recurso Extraordinário n. 597.064.

De acordo com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 597.064, o relator do recurso, ministro Gilmar Mendes, a cobrança dos respectivos valores gastos é constitucional, desde que assegurado o direito das partes ao contraditório e à ampla defesa. Assim, ainda que na esfera administrativa, tal cobrança é válida. Segue abaixo parte da referida decisão:

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO SUS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. ART. 199 DA

³ Conforme julgamento do STJ, 1ª Turma, no AgRg no AREsp 307.233-RJ, de Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 6/6/2013 (Info 524).^[1]

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. FATOS JURÍGENOS POSTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL.

1. O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional.

2. A cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 ostenta natureza jurídica indenizatória *ex lege* (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar, entre elas a necessidade de edição de lei complementar.

3. Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), tal ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199 da Carta Maior.

4. A possibilidade de as operadoras de planos de saúde ofertarem impugnação (e recurso, atualmente), em prazo razoável e antes da cobrança administrativa e da inscrição em dívida ativa, sendo-lhes permitido suscitar matérias administrativas ou técnicas de defesa, cumpre o mandamento constitucional do inciso LV do art. 50 da Constituição Federal.

5. O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os interstícios amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias. [...]

Portanto, o artigo 32 da Lei 9.656/1998 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais, quando custeados pelo Sistema Único de Saúde e desde que posteriores a 04/06/1998. O referido entendimento constitui uma importante decisão, posto que gera a necessidade de maior atenção aos planos de saúde diante da negativa de cobertura, uma vez que a recusa de atendimento poderá gerar a necessidade de utilização do Sistema Único de Saúde e, conseqüentemente, o ressarcimento dos gastos pelo respectivo plano.

Não obstante, os argumentos trazidos pelas operadoras de planos de saúde foram, sobretudo, que: o Poder Público possui o dever de prestar assistência à saúde a todos, bem como que o dever de arcar com os custos dos atendimentos da rede pública contraria o art. 199 da CF, que garante à iniciativa privada a liberdade para exercer atividades de saúde e, dentre outros, de

que o ressarcimento exigido pelo art. 32 da Lei 9.656/1998 constitui contribuição para o custeio da seguridade social, que só poderia ser veiculada mediante legislação complementar, razão pela qual sua instituição em lei ordinária violaria o art. 195, § 4º, da CF.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o entendimento de que o referido artigo não representa a criação de uma nova fonte de receitas para seguridade social, conforme previsto no art. 195, § 4º, da CF/88, posto que não adquire natureza tributária e que, em verdade, as operadoras de saúde devem ser atentar aos parâmetros estabelecidos pela ANS, sem que isso signifique violação ao princípio da legalidade, vez que a delegação de competências normativas mais fluidas para instâncias administrativas é uma realidade ordenamento brasileiro.

O entendimento decorre no sentido de que o direito de acesso à saúde pública é uma garantia de todos, indistintamente, de modo a ser salvaguardada a dignidade da pessoa humana que venha a precisar de atendimento. Recentemente, a fim de possibilitar maior transparência acerca dos gastos realizados é possível consultar a listagem das operadoras de planos de saúde e sua situação com relação ao ressarcimento ao SUS por meio do portal da ANS. Tal medida visa garantir a transparência no processo de ressarcimento e uma maior segurança para os usuários e a sociedade.

CONCLUSÃO

As problematizações enfrentadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) podem ser minimizadas diante de uma gestão estratégica e eficaz por meio de políticas públicas de saúde voltadas para a atenção básica primária e na homogeneidade do atendimento médico nas regiões do país.

No cenário atual, a oferta de bens e serviços permanece fortemente desigual na sua distribuição territorial, o que reproduz uma desigualdade regional que serve como argumento forte para a deslegitimação do papel do SUS. A devolução dos valores gastos a título de ressarcimento ao SUS é uma importante medida de retorno para a população, com buscas a garantir o atendimento de qualidade e satisfatório para os que não possuem outro meio de consulta, senão o sistema público. Ademais, urge a necessidade de investimentos em medicina de base, com a conscientização da população e do auxílio das demais áreas da saúde, sobretudo em caráter preventivo.

Soma-se a isso o fato de que a procura pela rede pública pelos usuários de plano de saúde ocorre quando há alguma necessidade imperiosa que o fez recorrer ao SUS, o que não se torna uma regra geral, mas sim uma exceção, quando ausentes condições razoáveis e necessárias para o atendimento

na esfera privada, no qual há o pagamento mensalmente para as operadoras de serviço.

Ademais, torna-se mister que a sociedade se conscientize do grande marco trazido pela Constituição Federal de 1988, com a criação do Sistema Único de Saúde, como também seja informada acerca dos mecanismos de resolução de tais incongruências práticas observadas no tocante ao tema, a exemplo das audiências públicas relacionada à área da saúde e dos debates públicos sobre o tema. Nesse sentido, há uma melhor transparência e conscientização acerca das demandas envolvendo direito de acesso à saúde e a posição de tais direitos fundamentais perante a ótica do Poder Judiciário.

Outrossim, o SUS é um importante sistema público de saúde - considerado como um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo - garantido constitucionalmente a todos da população, de forma geral e igualitária. Com isso, a atuação enérgica por meio de investimentos públicos e de gestão estratégica constitui um significativo passo na construção e desenvolvimento do atual sistema de saúde pública. Logo, é importante e necessária a criação de programas estratégicos, de uma rede hospitalar interligada e de uma boa distribuição homogênea de investimentos públicos voltados à promoção do acesso à saúde pública.

REFEFÊNCIAS

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. *Da efetivação do direito à saúde no Brasil*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acesso em: 27 set. 2019, 14:02:00.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. *Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas*. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Mais Saúde: direito de todos — 2008-2011*. 5. ed. Brasília, 2007. 128 p. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/mais_saude_direito_todos_2e_d.pdf>. Acesso em: 19 de agosto de 2019, 13:37:00.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009.

CARVALHO, Gilson. *A saúde pública no Brasil*. Estud. av., São Paulo, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002&lng=en&nrm=iso>.

<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142013000200002>. Acesso em: 19 Ago. 2019, 16: 02:00.

CASTRO, M.S.M. *Desigualdades sociais no uso de internações hospitalares no Brasil: o que mudou entre 1998 e 2003*. Ciência & Saúde Coletiva, v. 11, n. 4, p. 987-998, 2006.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Uma nova disciplina: o Direito Sanitário*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>>. Acesso em: 27 Set. de 2019, 15:19:00.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. In BRASIL. Ministério da Saúde. Direito sanitário e saúde pública. v. 1. Coletânea de textos. Brasília, 2003. p. 39-61.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa nacional de saúde 2013: percepção do estado de saúde, estilos de vida e doenças crônicas*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; 2014.

PESSOA, Eudes Andre. *A Constituição Federal e os Direitos Sociais Básicos ao Cidadão Brasileiro*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9623>. Acesso em jun 2018.

FERREIRA, Ivanir. *Número de médicos sobe, mas má distribuição regional permanece*. Jornal da USP. Editoriais: Ciências. Publicado dia 20/03/2018. Disponível em:< <http://jornal.usp.br/ciencias/maior-numero-de-medicos-no-pais-nao-veio-acompanhado-de-melhor-distribuicao/>>. Acesso em 19 ago 2019, 15:56:00

NORONHA, JC., and PEREIRA, TR. Princípios do sistema de saúde brasileiro. In FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde* [online]. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Vol. 3. pp. 19-32. ISBN 978-85-8110-017-3.

SCHEFFER, M. et al. *Demografia Médica no Brasil 2018*. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, Cremesp, 2018. 286 p. ISBN: 978-85-87077-55-4. Disponível em: <<http://www.flip3d.com.br/web/pub/cfm/index10/?numero=15&edicao=4278>>. Acesso em: 27 Set. 2019, 15:25:00.

SILVA JUNIOR, A.; ANDRADE, H. *Formação Médica no Programa Mais Médicos: alguns riscos*. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 21, n. 9, p. 2670-2671, Sept. 2016. Available from

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000902670&lng=en&nrm=iso>. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015219.18852016>. Acesso em: 27 Set. 2019, 15:04:00.

WERNECK VIANNA, M L T. *O culpado é o mordomo? Constrangimentos outros (que não os do modelo econômico) à seguridade social*. In LOBATO, L. de V. C. e FLEURY, S. (Org.). *Seguridade Social, Cidadania e Saúde*. Rio de Janeiro: Cebes, 2009, pág 73. Disponível em http://www.cebes.org.br/media/File/Livro_Seguridade.pdf. Acesso em: 19 de agosto de 2019, 15:26:00.

PENSANDO O APERFEIÇOAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA EM SAÚDE COMO BEM COMUM: um estudo de caso sobre as potencialidades e obstáculos para a participação cidadã no sus

Andrey da Silva Brugger

*Universidade Federal de São João del Rei (DECIS)/Centro de Estudos Superiores Aprendiz, Professor de Direito, Juiz de Fora, Brasil,
andreybrugger@hotmail.com*

Geovane Lopes de Oliveira

*Fundação Educacional de Além Paraíba/Centro de Estudos Superiores Aprendiz, Professor de Direito, Juiz de Fora, Brasil,
geovanelopesoliveira@gmail.com*

RESUMO

O trabalho é um ensaio sobre a instituição do “comum” sobre que falam Christian Laval e Pierre Dardot, tendo por base o Sistema de Saúde brasileiro constitucionalizado em 1988. Iniciamos apresentando a noção do Bem Comum construída pelos autores, passamos pela apresentação de nosso estudo de caso – o PoloSUS –, e acabamos por pontuar alguns dos entraves à realização do projeto que tinha, dentre outros objetivos, auxiliar na circulação de informações e aperfeiçoamento da qualidade das deliberações de lideranças ligadas à saúde. Concluímos que, muitas vezes, apesar da política de Estado, questões materiais básicas não satisfeitas acabam por não permitir um deslinde perfeito das políticas democráticas.

Palavras-chave: Aperfeiçoamento democrático; SUS; PoloSUS; Bem Comum

INTRODUÇÃO

O trabalho trata, de maneira ensaística, sobre o aperfeiçoamento democrático das deliberações concernentes à política de saúde e os entraves encontrados nessa empreitada, tendo como olhar teórico a noção de produção e instituição do “bem comum” construída por Christian Laval e Pierre Dardot.

A questão problema que guia a empreitada pode ser dividida em duas dimensões: se os ditames constitucionais e infraconstitucionais sobre a dimensão democrática e deliberativa do Sistema de Saúde estão sendo realiza-

dos e quais as potencialidades e desafios enfrentados por políticas que se proponham a auxiliar no aperfeiçoamento dos debates.

O olhar teórico é justificado por os autores advogarem a tese, com a qual concordamos, de que a dicotomia Estado e Mercado é anacrônica e está aquém da prática socioestatal vigente, isto é, o Estado não aparece como trincheira de defesa contra os avanços das vontades neoliberais do Mercado; antes, o Estado aparece como grande parceiro e protagonista da política neoliberal mercadológica, inclusive com reformas que tocam e desmontam sistemas de bem-estar, como o da saúde.

Nossa hipótese inicial é de que, com os incentivos infraconstitucionais, das leis de regência do Sistema de Saúde, que obrigam a existência de Conselhos Municipais e Estaduais de saúde, as deliberações mantinham-se em constante aperfeiçoamento. Contudo, a metodologia nos mostrou que a hipótese inicial estava equivocada.

Metodologicamente, apontamos óbices verificados à concretização da política de aperfeiçoamento de deliberações democráticas por lideranças ligadas ao Sistema de Saúde. Através do estudo de caso do Projeto PoloSUS, apontamos os entraves que podem ser colocados, no futuro, em perspectiva nacional.

Assim, concluímos que pensar o aperfeiçoamento da política de saúde como bem comum requererá novas estratégias, que realmente levem à sério a política de saúde como direito fundamental, como política de Estado e não de governo.

1. A PRODUÇÃO DO BEM COMUM: PÚBLICO, NÃO ESTATAL.

O referencial teórico eleito para interpretar as informações obtidas pelo estudo de caso advém das ideias construídas por Pierre Dardot e Christian Laval (2015, 2016) sobre a instituição do Bem Comum. Os autores advogam a tese de que o conceito de “comum” não deve ser compreendido conforme sua origem grega, mas como um princípio de lutas que questionam a oposição entre o Estado e o Mercado, isto é, colocam em questão a afirmativa de que o Estado nos defende das forças da mão invisível – e pesada – do Mercado.

O conceito do “comum” está compreendido dentro da ideia de democracia como participação, que encontra também previsão no sistema constitucional brasileiro e no desenho infraconstitucional da política de saúde; assim, o “comum” é entendido como um princípio de atividade política, calcado na deliberação, julgamento, decisão e aplicação material dessa decisão na vida cidadã da comunidade (LAVAL, DARDOT, 2016). O aspecto atrativo deste

conceito reside no fato de que não se pretende ser universal, a-histórico e independente das variáveis temporais e geográficas. Deste modo, cada comunidade deve ter a própria autonomia e a capacidade diferenciada para produzir suas próprias noções do “comum”.

A Constituição Federal brasileira apresenta a saúde como direito fundamental ligado intimamente à cidadania, vide os artigos 6º e 196. Deste modo, pensar o direito à saúde como uma construção/instituição do “Comum” não é algo inventado por nós, foi conscientemente instituído (LAVAL, DARDOT, 2016) quando da Assembleia Constituinte que deu forma à carta constitucional. Assim, alicerçados no artigo 198, inciso III, da Constituição Federal, podemos afirmar que a participação da comunidade é princípio fundante da política do sistema de saúde brasileiro. Dessa maneira, nossa discussão se aproxima a Laval e Dardot, quando afirmam que o termo “Comum” adquiriu um significado de busca pela “democracia real”, em que a obrigação política legítima não decorre da adesão de uma comunidade, mas da participação nessa atividade de construção conjunta da política, momento em que os direitos e obrigações se constituem (LAVAL, DARDOT, 2016).

Registre-se: o “Comum” não é privado, obviamente, mas também não se pretende estatal, ainda que muitas vezes seja sequestrado pela pauta estatal (LAVAL, DARDOT, 2016). Esse registro torna-se importante pela observação forte dos autores que demonstram a ilusão que é a crença de que o Estado é um escudo contra as forças do mercado. Nas últimas três décadas, o Estado tem passado por transformações tais que o colocam como um verdadeiro protagonista neoliberal – as (contra)reformas que o Brasil têm empreendido parecem demonstrar cabalmente o ponto.

O Estado vem adotando uma lógica de empreendedorismo, se colocando como um Estado-empendedor, ou Estado corporativo-empresarial, sendo parceiro das empresas multinacionais na coprodução de políticas de trabalho e na divisão internacional do trabalho. Como afirmam Laval e Dardot, “[a] famosa fórmula de Marx de que o governo não é mais do que um comitê executivo para gerir os negócios está largamente ultrapassada agora” (LAVAL, DARDOT, 2016), pois a hibridização entre Estado e Mercado, embora não torne ultrajante a afirmação de Marx, torna-a aquém da realidade da prática socioestatal atual.

Com efeito, ainda que seja o Estado o produtor “legítimo” das políticas públicas, surge para ele dois requisitos ou direcionamentos: (a) garantir o acesso universal aos serviços públicos, e (b) deter, via administração estatal, o monopólio da gestão do serviço público, reduzindo os usuários a consumidores, excluindo-os da participação na gestão e aperfeiçoamento da política (LAVAL, DARDOT, 2016). Queremos dizer: o “comum” preciso ser público, mas não estatal. É preciso garantir o acesso universal ao serviço público – à

saúde, no caso de nosso trabalho -, e também a participação na gestão, desenho, aperfeiçoamento e aplicação da política de saúde. Desse modo, a política escapa da dimensão proprietária, seja ela privada ou estatal.

Dessa noção passa a decorrer a noção de uso e abuso da coisa pública, do bem comum. Laval e Dardot (2016) apontam que, correntemente, tem-se a noção de “uso” como a ação de usar uma coisa externa, objetivando de satisfação de necessidades da vida, o que, com frequência, estará atrelado ao consumo, à destruição completa da coisa em questão, chegando ao “abuso” (LAVAL, DARDOT, 2016). Nada obstante, os autores apontam que é possível ter uma variação para o que na língua inglesa seria o “usar com”. Isto é, fazer uso, conduzir-se com o outro ou outra coisa, criando uma relação ativa com os outros, uma comunhão significativa. Nesse novo sentido, não há propriamente a consumação, mas a manutenção e a preservação desse algo que passa a ser comunitário, público (LAVAL, DARDOT, 2016).

Ao permitir que usuários sejam construtores da política pública, a consumação desinteressada, ou sem rigor, passa a ganhar valor diante da cidadania construída; de modo que os recursos utilizados passam a ser valorizados como nossos e dos outros. Passamos a comungar da manutenção e da supervisão. Em tempos atuais, pela lógica do neoliberalismo que quer desmontar tudo que é público, essa noção política ganha em relevo. Disso decorre a importância da produção, embora espontânea, tornar-se uma instituição consciente.

A consequência seria o fato de um bem tido como “comum” estar acima de questões institucionais governamentais. Os usuários, que também serão cidadãos, por essa perspectiva, possuem o direito de decidir e governar. Ao mandatário de ocasião eleito, caberá compreender que administrar é “servir” e não “aproveitar-se de”. O objetivo é “regular o uso do comum sem precisar fazer-se seu proprietário” (LAVAL, DARDOT, 2016).

A partir dessas premissas teóricas é que passamos a observar um projeto executado pela Universidade Federal de Juiz de Fora e o Ministério da Saúde que visava auxiliar no aperfeiçoamento de lideranças que lidavam com o Sistema de Saúde brasileiro. A apresentação do projeto e os apontamentos sobre nossas observações seguem nas próximas seções.

2. APRESENTANDO O PROJETO POLOSUS: DESENHO, DESAFIOS E ALCANCE

O Projeto “Polo Institucional de Fortalecimento da Gestão Participativa do Sistema Único De Saúde (SUS¹)” - POLOSUS – se baseou na Política Nacional de Gestão Estratégica e Participativa do SUS (Participa SUS)². O Participa SUS é uma política que orienta ações de governo que promovam, qualifiquem e aperfeiçoem a gestão estratégica e democrática das políticas públicas no âmbito do Sistema Único de Saúde, nas respectivas esferas federativas de gestão. No caso específico do POLOSUS, foi firmado um termo de cooperação de descentralização de recursos, tendo como participantes o Ministério da Saúde e a Universidade Federal de Juiz de Fora. O Projeto teve financiamento do Fundo Nacional de Saúde e contrapartida pela UFJF.

O PoloSUS foi fruto de uma parceria entre a Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde (SGEP-MS) e a Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), através da Escola de Governo e Cidadania (EGC). A EGC é também um projeto de extensão da UFJF, que tem como objetivo apoiar o processo de construção das políticas públicas nos três níveis de governo e nos três poderes da república, assim como auxiliar na capacitação e prestar consultoria à sociedade civil organizada para que tenha melhores condições de participação efetiva no processo democrático. Atualmente, a EGC se coloca alinhada à política nacional de extensão universitária e, de modo geral, suas ações estão associadas à educação continuada – no caso do PoloSUS, educação continuada em saúde – e direitos humanos e justiça. A EGC pauta suas ações buscando atuar em rede com os demais órgãos do Estado, instituições acadêmicas e organizações da sociedade civil, através da adoção de modelos flexíveis para atender às singularidades de cada projeto que lhe é apresentado. Visa articular saberes acadêmicos, técnicos e sociais no desenvolvimento institucional da administração pública dos três poderes, articulando atores públicos e privados para o incremento na prestação dos serviços públicos, fortalecendo a sociedade civil, desenvolvendo a região e sendo uma maneira de a UFJF possuir contato regional com a população de seu entorno ao promover essas ações de formação, consultoria e geração de conhecimentos científicos aplicados à administração pública e à sociedade civil.

O objetivo principal da parceria entre a SGEP/MS e a UFJF foi promover o fortalecimento das políticas de gestão participativa do SUS, tendo como objetivo inicial oferecer capacitação para 1400 pessoas através de 17

1 Para que o texto possa fluir melhor, passamos a usar “SUS” sempre que estivermos nos referindo ao Sistema Único de Saúde brasileiro.

2As informações sobre o Projeto podem ser acessadas na plataforma virtual em: <http://polosus.com.br/projeto/sobre>. Acesso em 28 de setembro de 2019, 17:33.

municípios-polo, abrangendo um total de 280 municípios . Parcerias como essas nos parecem uma maneira eficaz e eficiente do Ministério da Saúde conseguir maior penetração e capilaridade no território.

O objetivo principal gerou outros objetivos, tais como: a promoção do fortalecimento das políticas de gestão participativa no âmbito do SUS através da geração de conhecimentos e capacitação dos gestores públicos e lideranças sociais; produção e difusão de conhecimentos e informações sobre a estrutura da participação social no Sistema Único de Saúde; a capacitação e mobilização dos agentes públicos e sociais que atuam nas áreas da saúde com ênfase especial sobre as populações em condições de vulnerabilidade e iniquidade no acesso à saúde; a busca por contribuir para o fortalecimento da política de promoção da saúde e promoção da equidade em saúde; a promoção do desenvolvimento de competências e habilidades para que os gestores públicos e os atores sociais estejam mais aptos a atuar na promoção do direito à saúde em suas localidades; a contribuição para gerar e disseminar novas tecnologias e experiências bem sucedidas de participação e controle social nos diferentes municípios; o fomento da criação de redes de cooperação e intercâmbio de informação na área de saúde; a sensibilização e capacitação dos diferentes atores com objetivo de promover a equidade no atendimento e acesso à saúde e a promoção do fortalecimento de mecanismos de participação e auxiliar no fomento da criação de redes articuladas em torno do controle e da gestão democrática das políticas de saúde.

Com efeito, a partir do tripé normativo que desenha o sistema de saúde (Constituição Federal, Lei 8080/1990 e Lei 8142/1990), a participação e o controle social são princípios fundamentais do SUS, tendo sido criados mecanismos importantes de participação como os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde, dentre outros. Também aparece com relevância o princípio da equidade, isto é, levar em consideração as condições de vida e acesso a bens e serviços de saúde de pessoas e grupos, além das condições e determinantes sociais, para determinar o nível de bem-estar e saúde, ampliando o conceito desta.

A equidade foi central para este projeto, pois, além de promover o fortalecimento das políticas da gestão participativa do SUS mediante a produção e disseminação de conhecimentos, informações e capacitação de agentes públicos e sociais que atuam na área de saúde, o projeto enfatizou grupos considerados em situação de vulnerabilidade social e iniquidade no acesso à saúde, com especial atenção a população do campo e da floresta, população LGBT – lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros -, população cigana, população negra e população em situação de rua. Esses grupos em específico aparecem como uma demanda vinda da SGEP, que possui políticas de equidade especialmente voltadas para esses grupos.

O Projeto que iniciara como uma iniciativa típica de extensão, portanto tendo seu primeiro registro na Pró-Reitoria de Extensão (ProEx) ampliou seu alcance na estrutura da UFJF e em seu formato, sendo também registrado na Pró-Reitoria de Pesquisa e na Secretaria de Desenvolvimento tecnológico (sendo inclusive enquadrado na Lei de Inovação Científica e Tecnológica). Isso ocorreu porque à perspectiva extensionista de educação, articulação e capacitação, a pesquisa social em saúde e o desenvolvimento de tecnologias sociais de participação e controle social também se incorporaram ao seu desenho, tanto por uma questão de interesse da equipe, quanto por uma estratégia para obter mais incentivos em termos de recursos por parte do Ministério da Saúde.

3. PONTUANDO OS ENTRAVES/DESAFIOS À PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NO SUS: DADOS EXTRAÍDOS DO ESTUDO DE CASO

Como se pode perceber, tratou-se de um projeto robusto e ousado. O primeiro entrave ou desafio foi desenhar um projeto para uma demanda política que contemplasse os variados grupos que estavam contemplados pelo PoloSUS. Não há dúvida que os conflitos apareceram e aparecem. Contudo, Laval e Dardot (2016) afirmam que isso, o conflito, não é um mal em si. Para os autores, o direito de decidir e governar, que apontávamos na primeira seção, delinea que a práxis da produção e instituição de um sistema “comum” terá que lidar com a conflitualidade própria de uma coprodução de normas honesta e sincera. A lógica do agrupamento não está necessariamente ligada com a busca por unanimidade, consenso e harmonia em sentido absoluto. A coprodução de normas é o momento instituinte de acomodação, ainda que provisória, da conflitualidade, sempre buscando a melhor versão possível da política.

Durante as reuniões, muitos grupos demonstravam desconhecimento, verdadeiros preconceitos, sobre as demandas alheias. Essa troca de experiências, inicialmente desafiadora, tornou-se um dos pontos altos do projeto. Contudo, reunir esses grupos foi desafiador. A população LGBT, por exemplo, não foi tão frequente, pois a coordenação do projeto teve dificuldades de contatar instituições e lideranças que pudessem se fazer presentes e contribuir com as discussões e assinalar as demandas.

Outro ponto desafiador foi lidar com um desenho que contivesse 280 municípios, com o projeto funcionando em 17 municípios-sede. Muitos prefeitos não quiseram, em um primeiro momento, sequer contribuir ou se comprometer em permitir o uso de espaços públicos como escolas municipais ou outros prédios públicos para que os encontros de capacitação ocorressem. Um prefeito em especial não quis liberar funcionárias da Assistência Social, sob a afirmação de que a área de assistência nada tinha a ver com a área de saúde. O

abuso de que falam Laval e Dardot (2016) ou mesmo o desvio ou o “apropriar-se” da administração pública, fica claro aqui.

Esse descompromisso acabou afetando muitos dos participantes. Muitos não conseguiram contar com ajuda de custo, transporte, auxílios outros para que pudessem participar de dois dias ou mesmo de atividades no mesmo dia. Por exemplo, foram frequentes as queixas sobre a falta de dinheiro para um almoço. Essas questões o próprio projeto também não conseguiu lidar, pois o orçamento não contemplava essas questões.

Uma vez mais, vê-se que um projeto de aperfeiçoamento democrático encontra óbices sérios quando a não concretização de necessidades materiais básicas não são satisfeitas.

Se já não fossem suficientes essas situações, o final do projeto foi triste e chocante. A ideia é que novos ciclos do projeto fossem se sucedendo, ao menos era o que se pensava entre 2014 e 2015, ano de ativo funcionamento do PoloSUS, sob a presidência de Dilma Rousseff no Executivo federal. Entretanto, com o impedimento e deposição da Presidente, o novo governo reformulou todo o Ministério da Saúde, inclusive a SGEP, cortando os convênios e não renovando o compromisso com a UFJF. Ou seja, uma política constitucionalizada, uma política instituída como “comum”, que deveria ser de Estado, torna, na prática, uma política de governo. O aperfeiçoamento democrático passa a ficar a mercê dos administradores de ocasião, que não servem, apropriam-se; que não usam com, consumam.

CONCLUSÃO

O ensaio cuidou de apresentar a visão de Laval e Dardot sobre a produção e instituição do bem comum como princípio político, que lança novos olhares sobre o Estado, a cidadania, a participação e manutenção de serviços públicos.

Cuidamos, ainda, de ter como norte ou base de estudo a política de saúde, através do estudo de caso do PoloSUS. Em apertada síntese, apresentamos o Projeto e colocamos os principais entraves que dialogam com a produção e a instituição do Comum na política de saúde.

Acabamos por concluir que novas estratégias precisam ser pensadas, novos projetos como estes precisam ser replicados, com maior voracidade, quiçá; estamos em um momento institucional de desmonte de serviços de bem-estar e o SUS está na mira desse movimento. Assim, é preciso que busquemos alternativas de aperfeiçoamento das deliberações democráticas, a fim de que realizemos uma política de saúde deliberativa, de acesso universal, bem como participação geral e também universal, para que o usuário não seja

apenas consumidor do serviço de saúde, que corre risco de inexistir, mas que o conserve, mantenha, cuide, colocando-se como proprietário coletivo, cocordenador das políticas e seu legítimo cuidador, ao coproduzir as normas e aplicação dos serviços de saúde.

REFEFÊNCIAS

DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. Propriedade, apropriação social e instituição do comum. *Revista Tempo Social*, v. 27, n. 1, 2015.

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. *O Comum: um ensaio sobre a revolução do século 21*. Revista Uninomade, 2016.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DA MISTANÁSIA

Alexander Seixas da Costa

Universidade Federal Fluminense, Professor Assistente de Direito Civil da UFF e da Faculdade Cenecista de Rio das Ostras, Doutorando do PPGDIN, Niterói, Brasil, alexandermpt@yahoo.com.br

Celia Barbosa Abreu

Universidade Federal Fluminense, Professora Associada de Direito Civil da UFF. Docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direitos, Instituições e Negócios da UFF, celiababreu@gmail.com

Jerônimo Santos Lima

Universidade Federal Fluminense, Advogado e Coordenador do Laboratório de Inovação da Prefeitura de Macaé, Brasil, jeronimosantos@macae.rj.gov.br

RESUMO

A violação dos direitos da pessoa humana pode se manifestar em diversas formas, e uma delas decorre do que se denomina de mistanásia. Trata-se de uma expressão que reflete o abandono em que se encontram muitas pessoas, fato que fere a dignidade da pessoa humana. Desta forma, é fundamental que seja debatido este tema que apresenta um viés social, em estudar aqueles que ficam “invisíveis” para o direito, e diante disso, avaliar-se-á a responsabilidade civil do Estado, por omissão. Empregar-se-á uma pesquisa bibliográfica, verificando o que se compreende pelo termo mistanásia e jurisprudencial, a fim de identificar possíveis decisões que tenham julgado neste tema. Situa-se no estudo de grande relevância tendo em vista que representa uma temática frequente na sociedade brasileira, mas pouco debatida na área jurídica. O trabalho estrutura-se da seguinte forma: inicialmente, uma apresentação sobre o direito à vida e morte dignas, em seguida, uma compreensão da mistanásia, distinguindo-a de outras figuras próximas, e por fim, a compreensão da responsabilidade civil do Estado perante a mistanásia.

Palavras-chave: políticas públicas; omissão estatal; responsabilidade; mistanásia.

INTRODUÇÃO

A morte representa um elemento que está presente na vida humana, revelando a finitude do ser humano e que representa um processo natural, o qual todos estão submetidos. Assim, não se pode “vencer” a morte, mas repugnamos ao direito àquelas situações que sejam derivadas da falta de cuidado do Estado, por força de uma marginalização e exclusão social.

Na Carta da República de 1988, a dignidade da pessoa humana representa um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito elencados pelo Poder Constituinte (art. 1º, III), sendo determinado, ainda, dentre seus objetivos, acabar com a pobreza e marginalização e promover o bem de todos (art. 3º, III e IV). Desta forma, é dever do Estado estabelecer políticas públicas que estejam orientadas pela promoção da pessoa humana, a fim de tutelar os direitos constitucionais.

A proposta do presente trabalho consiste em verificar em que medida ocorrerá a responsabilidade civil do Estado por omissão, por força da mistanásia, em especial pela questão do nexo de causalidade. O objetivo é identificar a reparação para os sucessores da vítima e também apresenta como propósito o de implementar medidas que viabilizem um “agir” estatal a fim de evitar ou, ao menos, minimizar, o problema da mistanásia.

Desta maneira, na primeira parte será tratado o direito à vida enquanto direito pertencente à personalidade. Amparado na seara constitucional, no art. 5º, caput, o direito à vida refere-se não apenas à sobrevivência, mas também a uma existência digna, em que cada pessoa tenha acesso a direitos da cidadania, e no âmbito do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana representa o princípio norteador do direito. A pessoa, em qualquer situação, jamais poderá ser objeto de instrumentalização, e assim, a pobreza, fome e miséria representam problemas sociais que devem ser grande debate na sociedade, e uma redefinição no “contrato social” com o Estado, para que apresenta um agir mais eficaz em relação àqueles que se encontra em situação de maior vulnerabilidade e requer uma tutela diferenciada.

1. A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA: DO NASCIMENTO À MORTE

Segundo a legislação civil, o nascimento com vida confere a personalidade jurídica a toda pessoa, que além de figurar como sujeito de direito, será merecedora de tutela nas situações existenciais. É a figura da personalidade jurídica, que constitui elemento inerente a toda pessoa física. Cumpre registrar a ressalva do nascituro, ainda que não seja dotado desta personalidade, tem seus direitos protegidos tendo em vista que apresenta uma expectativa de direito, segundo a teoria natalista, embora haja quem defenda que já pos-

suem direitos desde a concepção (teoria concepcionista). Seja como for, a pessoa humana merece a proteção do ordenamento jurídico em todos os momentos de sua vida, inclusive nos momentos em que sua saúde apresentar-se fragilizada.

O direito à vida é protegido no âmbito constitucional, a fim de que toda pessoa tenha uma vida digna. Além disso, representa um dos direitos da personalidade de cada pessoa e assim são invioláveis e podem, a qualquer momento, ser pleiteada tutela jurisdicional em razão de sua imprescritibilidade. O direito à vida digna implica, por via reversa, o direito à morte com dignidade, isto é, uma morte que não resulte tanto de uma ação ou omissão que venha a reduzir a pessoa à situação de objeto, como no caso de mortes resultantes de tortura durante o regime ditatorial no Brasil.

Antes de tratar da mistanásia, devem ser verificados alguns termos próximos, mas que, efetivamente, são distintos. Assim, o termo eutanásia representa a noção de uma “boa morte”, ou ainda, a morte digna, diante de situações em que a pessoa não tem mais desejo de manter-se viva em determinadas situações, em geral marcadas por muito sofrimento físico e psíquico. Dessa forma, uma definição possível de eutanásia:

Compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos. (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 178).

Na eutanásia, exige-se uma intervenção a fim de que seja abreviada a vida daquela pessoa que não deseja mais viver, pois compreende que não consegue vislumbrar qualquer melhora em seu quadro clínico. Assim, respeita a autonomia do paciente que não deseja mais permanecer em tratamento que não irá trazer benefícios à sua condição de saúde.

No âmbito da eutanásia, destaca-se a classificação em eutanásia libertadora, em que se busca eliminar o sofrimento do doente; a eutanásia eugênica ou seletora, que consiste no possível “melhoramento” da raça humana, e tem por objetivo eliminar os indivíduos que apresentam certas anomalias, e ainda, a eutanásia econômica, que leva em consideração a morte de pessoas com doenças mentais a fim de que a sociedade seja “aliviada” de pessoas que tem um “peso” muito grande, e por fim a eutanásia social, em que se insere a mistanásia, embora mais adiante discutir-se-á tal inclusão na categoria de eutanásia. (CARVALHO; SALDANHA; MUNEKATA, 2016, p. 231-233)

A distanásia representa o ato de prolongar a vida de uma pessoa, de forma artificial, mas que não proporciona mais nenhuma utilidade para o paciente. Aqui, estende-se ao máximo a vida de uma pessoa que, a rigor, não obterá nenhuma melhora, e muitas vezes está relacionada à uma espécie de

“mercantilização da medicina”, ou seja, o emprego da medicina para obter lucros sobre a dignidade de uma pessoa, já “morta”, mas que permanece “viva” porque oferece lucratividade na saúde privada (ABREU; BARBOZA, 2017, p. 46). Neste ponto, defende-se que o paciente em estágio terminal que fica submetido a uma situação de distanásia pode acarretar a responsabilidade civil do hospital privado que realiza tal conduta, pois ocorre uma responsabilidade civil objetiva com base no fato do serviço, já que acarreta danos ao paciente, e ainda incindir tal responsabilidade também sobre os médicos que realizam a conduta da distanásia (ABREU; BARBOZA, 2017, p.58). Ademais, em relação ao ônus da prova, aplicar-se-á a regra do Código de Defesa do Consumidor que estabelece a inversão do ônus da prova, neste caso, em favor do paciente que se encontra em estado de vulnerabilidade diante da intervenção médica e diante disso incumbe ao grupo hospitalar ou ao profissional médico o ônus de provar que não estava praticando a distanásia, mas o procedimento médico apropriado para a recuperação da pessoa (ABREU; BARBOZA, 2017, p.59).

Já a expressão ortotanásia significa a morte decorrente de um processo natural, e assim, o paciente segue o seu “caminho” até sua morte sem o emprego de qualquer artifício para prolongar sua vida. A ortotanásia se apresenta enquanto o “meio termo” entre a distanásia e a eutanásia; ao mesmo tempo não se acelera o processo de morte, mas também não emprega métodos para retardar a morte (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 179). Assim, aquele que padece de muitas dores, em estágio terminal, recebe apoio médico com o intuito apenas de que o processo que leva ao falecimento ocorra da forma menos gravosa possível. Um caso bem exemplificativo da realização da ortotanásia foi a figura do Papa João Paulo II que, diante de uma saúde debilitada, optou por aceitar a morte sem realizar procedimentos médicos. A ortotanásia é uma “medida humanitária”, que deve ser observada a fim de que a pessoa não fique submissa ao tratamento desumano no momento mais delicado de sua vida. (CAMATA, 2010, p.148)

Em muitas situações, o Poder Público deixa de cumprir com preceitos constitucionais e termina por não assegurar os direitos fundamentais de uma pessoa, o que pode acarretar a figura da mistanásia. Trata-se de um termo cunhado pelo teólogo Márcio Fabri dos Anjos, para designar uma morte antecipada e precoce em razão de motivos previsíveis e preveníveis (RICCI, 2017, p. 47). Um exemplo identificado consiste na espera nas filas de hospitais públicos para realização de tratamento (MENEZES NETO; LIMA, 2018, p. 476). É importante destacar que a expressão mistanásia foi empregada nos anos de 1980, momento em que o país vivenciava um regime de exceção, em que muitas garantias constitucionais foram retiradas dos cidadãos.

Desta forma, definir-se-á a mistanásia configura “uma morte indireta, causada pelo abandono, omissão ou negligencia social e também pessoal,” o que significa dizer que certos grupos na sociedade não tem a devida atenção do Estado, (RICCI, 2017, p. 50). Assim, a principal causa da mistanásia se justifica pela omissão do Estado na prestação de um direito fundamental à pessoa, como no caso do direito à saúde (MENEZES NETO; LIMA, 2018, p. 476). Diante disso, a indagação a respeito da responsabilidade civil do Estado, mas não se pode negar que o agente público pode promover a mistanásia por uma conduta comissiva, quando realiza genocídios sobre grupos marginalizados na sociedade.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1. Elementos da responsabilidade civil

Em nosso ordenamento jurídico, o instituto da responsabilidade civil tem por objetivo reparar um determinado dano injusto que a vítima sofre. Ao proceder à indenização, o objetivo é que a vítima tenha, de alguma forma, uma compensação pelo prejuízo sofrido, e por outro lado, que o ofensor faça uma reflexão de que não se deve causar novos danos; e assim, existe um aspecto educativo.

O Estado também pode causar danos a terceiros; é possível que tal atuação ocorra tanto pela Administração Pública, como também pelo Poder Legislativo e Judiciário. Neste trabalho, concentrar-se-á no âmbito da administração pública, em particular pela omissão.

Os elementos tradicionais para a responsabilização civil consistem em: conduta do agente, nexos de causalidade e o dano. A conduta pode se manifestar de forma comissiva ou omissiva; além disso, é necessário que exista uma relação de causalidade entre a conduta e o dano, e por fim, o próprio dano. Uma vez configurada a responsabilidade, surge o dever de reparar, que pode assumir um aspecto pecuniário, envolvendo danos materiais e morais, e ainda não-pecuniário, como nas hipóteses de retratação pública e privada, ou entrega de um bem equivalente.

O nexo de causalidade reside na relação de causa e efeito entre a conduta e o dano, e desta forma, uma das causas corresponda ao prejuízo sofrido pela vítima, existindo uma espécie de conexão causal, isto é, se o dano tiver por origem outra circunstância, ainda que exista uma atitude culposa do agente, não será responsável se não existe relação de causa e efeito. É o caso, por exemplo, de uma pessoa que sofre uma lesão no seu dedo em razão de uma facada de seu vizinho, e ao ser levada ao hospital sofre um violento acidente que provoca seu óbito. (GOMES, 2011, p. 79). O nexo de causalidade pode estar presente tanto na conduta comissiva e omissiva:

O nexu causal pode estabelecer-se entre uma abstenção e um dano, no pressuposto de que aquele que não evita um fato danoso deve ser reparado, para os efeitos jurídicos, a quem os pratica. Mas não se deve levar essa regra às suas últimas consequências, só se justificando sua aplicação quando aquele que se abstém, além de poder impedir o dano, estiver obrigado a evita-lo. (GOMES, 2011, p. 79)

É possível identificar algumas teorias a respeito do nexu de causalidade. A teoria da equivalência das condições, em que toda causa antecedente é a condição para que ocorra o resultado, e esta forma, não distingue a causa de condição, de tal forma que, se diversas condições concorrem para o resultado, todas tem o mesmo peso (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 64). Apenas a título exemplificativo, se uma pessoa ao dirigir colide com outro carro, poder-se-ia responsabilizar a concessionária e a fabricante do automóvel que provocou a batida, pois, se o veículo não tivesse sido fabricado e comercializado não ocorreria a colisão. De fato, a fabricação e comercialização são antecedentes do dano ocorrido no trânsito, mas, notório que não são a causa do acidente. Cuida-se de teoria não aplicada e aceita, efetivamente, por “alargar”, de forma excessiva, o nexu de causalidade.

A teoria da causalidade abstrata trabalha com a noção de que, dentre várias causas, existe aquela que, abstratamente, é apta a produzir o resultado. Assim, a causa representa o “antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 65). A crítica que se faz a esta teoria reside na dificuldade de se identificar qual a causa que foi determinante para a produção do resultado, eliminando as demais. A este respeito, segundo Agostinho Alvim (1972, p. 369-370) verificar-se-á se a causa sempre produz este efeito ou se existiu naquele caso, pelas circunstâncias específicas.

Segundo a teoria da causalidade direta e imediata, também conhecida como teoria da interrupção do nexu de causalidade, é aquela em que apenas deve ser reparado o dano que decorrer, de forma direta e imediata pelo comportamento do agente, afastando fatos remotos e posteriores que interrompam o nexu de causalidade (MELO, 2015, p. 227)

O dano consiste na lesão que a vítima sofre em razão de uma conduta comissiva ou omissiva de terceiro. Na doutrina, é tradicional a divisão do dano em dano material e moral, em que o primeiro é formado pelo dano emergente e lucro cessante. Aqui o objetivo é que o lesado seja ressarcido em termos econômicos relativos aos prejuízos que sofreu.

Por outro lado, o dano moral é a ofensa aos direitos da pessoa e representa um dano extrapatrimonial. O dano moral pode ser definido enquanto “uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.” (FARIAS, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2015, p. 266). Por outro lado,

aponta-se o dano moral enquanto ofensa aos direitos da personalidade (MELO, 2015, p. 131). Trata-se de um dano relacionado à proteção da pessoa, em sua dimensão sem cunho patrimonial, configurando uma ofensa à vida, honra, imagem de uma pessoa.

Os elementos necessários à configuração da responsabilidade civil – conduta humana, nexos de causalidade e danos – estarão presentes tanto na denominada responsabilidade contratual e na extracontratual. Naquela existe uma relação obrigacional que fundamenta o pedido de indenização, em razão do descumprimento do contrato, e nesta, em virtude de um dever decorrente de uma cláusula geral de não lesar ninguém. No entanto, se tem apontado uma tendência à aproximação entre estes dois modelos, como se depreende do disposto no Código de Defesa do Consumidor em relação à responsabilidade em favor do consumidor por equiparação.

No âmbito da responsabilidade extracontratual, poderá ser subjetiva ou objetiva. Na primeira situação, avaliar-se-á a conduta culposa do agente. A culpa, segundo Azevedo (2011, p. 64) representa uma conduta negligente, imprudente ou imperita do agente, e seu elemento objetivo consiste no dever jurídico violado. A doutrina civilista tradicionalmente aponta três graus de culpa: grave, leve e levíssima, que pode ter influência na quantificação do dano a ser indenizado para a vítima, como prescreve o art. 944 do Código Civil, o que pode configurar uma injustiça à vítima tendo em vista que não receberá o valor total de seu prejuízo diante de uma conduta levíssima do agente (AZEVEDO, 2011, p. 68).

O nosso ordenamento jurídico admite situações de exoneração da responsabilidade, ou seja, a vítima sofrerá o dano, mas não será ressarcida pelo agressor. Assim sendo, no âmbito contratual, é possível estabelecer cláusula de exclusão de responsabilidade ou cláusula de não indenizar (embora também se reconheça na seara da responsabilidade extracontratual, em avisos de obras).

Além disso, o chamado caso fortuito e força maior são tradicionais causas de exclusão da responsabilidade. Em que pese o tratamento unitário no art. 393 do CC, pondera uma diferenciação doutrinária ao apontar o caso fortuito enquanto evento imprevisível e, assim, inevitável, e a força maior, um fato inevitável, ainda que previsível. Tanto no caso fortuito e força maior. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 89).

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA MISTANÁSIA

3.1. Responsabilidade civil por omissão do Estado

Em relação à responsabilidade civil do Estado por omissão, ou seja, por uma conduta que deveria ter efetuado e não foi realizada, não se tem um consenso sobre o tema. Neste campo, é possível diferenciar o ilícito omissivo próprio do impróprio; naquele ocorre uma ofensa direta ao dever jurídico, e nesta, a norma estabelece o resultado danoso, que decorre da ausência das cautelas necessárias para evitar este resultado (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1339). Ademais o ilícito omissivo próprio equivale ao ato comissivo na medida em que o Estado deveria praticar uma conduta, e sua omissão gera o ilícito. (Por outro lado, no ilícito omissivo impróprio o Poder Público não está obrigado a agir de modo determinado e específico.(JUSTEN FILHO (2014, p. 1341)

Nas hipóteses em que existir um comando genérico autorizando o Estado a atuar (omissão imprópria), será descabido reputar que a mera e simples inação produzirá a responsabilidade civil do Estado. Nesse caso, a responsabilização apenas surgirá se houver omissão juridicamente reprovável, consistente na infração a um dever de diligência. Assim, por exemplo, o Estado pode ser responsabilizado quando deixar de limpar galerias pluviais, daí derivando inundação das vias públicas e prejuízos a terceiros. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1344).

Ainda em relação à atuação omissiva do Estado, aponta Maria Sylvia Zanella di Pietro ressalta que apenas a omissão em que o Estado tem o dever de agir e a possibilidade de agir para impedir o dano, caracterizando o princípio da reserva do possível, decorrente do princípio da razoabilidade, que deve ser avaliada no caso concreto, diante da dificuldade em se mensurar esta referida possibilidade de agir do Estado (DI PIETRO, 2013, p. 716). Diante deste quadro, defende-se que a responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva, com presunção de culpa do Poder Público. assim, a vítima não precisa provar a culpa do Estado, e sim o próprio Estado demonstrar que atuou com o máximo de zelo e diligencia, e que se não agiu é porque esta atuação estaria acima do razoável (DI PIETRO, 2013, p. 717).

Em relação à exclusão da responsabilidade civil do Estado podem-se elencar as seguintes hipóteses: fato da vítima, fato de terceiro, exercício regular do direito e caso fortuito e força maior. São situações em que ocorre um rompimento do nexo de causalidade e, portanto, não caberia falar em responsabilização do Estado.

Uma questão ainda envolvendo a responsabilidade civil do Estado reside na responsabilidade pessoal do agente estatal. Na verdade, sustenta-se a possibilidade de ajuizamento de ação contra o Estado e o agente público em litisconsórcio passivo unitário. É tradicional a referencia de que ao se ajuizar

ação contra o servidor que deu causa ao dano, seja necessária a prova de culpa ou de dolo, embora o art. 37 § 6 da Constituição da República não faça qualquer distinção neste sentido. É possível identificar um processo de “objetivação da culpabilidade” do agente que praticou o ato, verificando o dever de diligência que o agente deveria ter adotado e recusou-se a fazer, como na hipótese de recusa ao reajuste anual de tarifas (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1365). Neste caso, o ato comissivo de negar equivale a omissão do agente, pois tanto quando nega, ou se omite, o resultado danoso é similar.

Em trabalho específico a respeito da omissão do Estado no âmbito do STF, podem ser apontadas três grandes correntes doutrinárias: a subjetivista, culpa presumida e a objetiva.¹ Segundo o levantamento jurisprudencial realizado no âmbito do STF, o julgamento do Recurso Especial (RE) 130764-1, em 1992, foi o primeiro caso depois da Constituição da República de 1988 em que se identificou a responsabilidade objetiva do Estado por omissão, mas teve o pedido julgado improcedente; apenas no RE109615-2 em que o Estado foi condenado por omissão, em 1996 (PINTO, 2008, p. 168). O reconhecimento da responsabilidade omissiva do Estado hoje é reconhecida nos Tribunais mas no ainda não se identificaram decisões que sejam fundamentadas na mistanásia.

3.2. Mistanásia

A mistanásia, conforme já descrito inicialmente neste trabalho, significa uma morte que não decorre de um fator natural, e que, se houvesse uma atuação eficiente do Poder Público, não teria ocorrido. A expressão mistanásia significa o abandono de milhares de pessoas sem assistência, que vivem em lixões, nas vias públicas e em condições desumanas nos hospitais (MENDONÇA; SILVA, 2014, p. 175).

A mistanásia pode ser classificada em ativa e passiva: na primeira, a noção de que o indivíduo submete-se às experiências, como nos casos envolvendo experiências científicas realizadas pelos nazistas, ou o mercado de transplantes. A segunda, também conhecida como mistanásia omissiva, decorre da antecipação da morte em virtude da falta de acesso aos serviços de saúde fundamentais em que os mais atingidos geralmente são pessoas com deficiência e doentes em situação de carência (VIEIRA, 2014, p. 62-65). A mistanásia está inteiramente relacionada ao problema da exclusão social existente em nossa sociedade:

¹ Um trabalho que efetua dados quantitativos a respeito das decisões do Supremo Tribunal Federal antes e depois da Constituição da República de 1988 é a obra denominada Responsabilidade Civil do Estado por Omissão, de Helena Elias Pinto.

A mistanásia é, portanto, uma nova denominação para um problema tão antigo como a própria formação da sociedade. Reflete a exclusão social sob um aspecto institucionalizado e específico, resistente à distributividade e equidade do Estado de Garantia, relacionado às relações médico-hospitalares.

A exclusão social, por sua vez, é um fenômeno expropriador, excludente, alienador da própria condição humana. O homem excluído não mais apresenta importância econômica, viabilidade, no mundo da produção e consumo. O ser, desconstituído de humanidade, ao se tornar inviável, deixa de existir para a sociedade de consumo de massa. Torna-se invisível, descartável. O indivíduo vive, mas não existe. A mistanásia é a demonstração definitiva da exclusão coletiva e institucionalizada. Indivíduos idosos, ou gravemente doentes independente da idade, que não tenham condição e cura, ou capacidade econômica de tratamento, tornam-se inviáveis à sociedade e deixam de existir. Morrem socialmente e são deixados, sem amparo à espera da morte física.

Em regra, identifica-se a presença da mistanásia em grupos sociais excluídos da sociedade, e desta forma, “é geralmente a morte do pobre, resultado da vida precária e com pouca ou nenhuma qualidade. É uma morte indireta, causada por abandono, omissão ou negligência social e também pessoal.” (RICCI, 2017, p. 50). Trata-se, portanto, de uma morte que decorre da marginalização daqueles que são excluídos da sociedade, sem acesso à informação, educação e aos direitos mínimos e básicos que devem ser franqueados a todo cidadão. Além disso, sustenta-se que a mistanásia tem maior “peso” que a eutanásia eugenética pois representa uma versão contemporânea da eugenética (RICCI, 2017, p. 51). Neste sentido, os pobres que não contribuem e não são consumidores em um sistema capitalista devem ser “excluídos”, pois são “inúteis”, na visão daqueles que não conseguem compreender o valor da solidariedade social.

A expressão mistanásia substitui a referência do emprego do termo eutanásia social (RICCI, 2017, p.48), pois se trata de uma morte miserável, que decorre do abandono do Estado em relação a certas pessoas. Desta maneira, é possível identificar a mistanásia em diversas situações:

É importante destacar que a mistanásia não se limita aos casos de espera em filas de hospitais públicos. Também abrange todas as situações, atuais ou potenciais, que são capazes de gerar a morte (primeiro, social; depois, física) de pessoas em situação de vulnerabilidade, que são esquecidas pelos sistemas e estruturas hegemônicas, sendo-lhes negado não somente o direito à saúde, mas também à dignidade, à vida, à igualdade, e à alimentação, como é comum ocorrer com moradores de rua; presos; garotas (os) de programa; travestis e transexuais expulsas de casa; mulheres vítimas de violência doméstica que não recebem medidas protetivas adequadas; dependentes químicos; crianças e adolescentes abandonados; pessoas que passam fome; pessoas com transtor-

nos e doenças mentais que não recebem tratamento psiquiátrico adequado; pessoas que não têm acesso à água potável; entre outros.

Neste sentido, compreende-se que a mistanásia têm, em seu elemento constitutivo, a violência realizada contra pessoas e grupos que, em geral, não recebem a proteção devida do Estado; a mulher que sofre violência deve ser protegida para não mais ser agredida; a pessoa com doença mental deve receber um tratamento digno, não com o intuito de “curar” sua doença pelo prisma de um modelo médico, mas para que tenha condições de ter uma vida com dignidade e igualdade de oportunidades em relação às demais pessoas.

Os Tribunais brasileiros não reconheceram, de forma explícita, a responsabilidade civil do Estado em caso de mistanásia. No aspecto metodológico, ao realizar a pesquisa jurisprudencial com os recortes institucional, temático, temporal e processual. (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2012, p. 145-6). Assim, o primeiro recorte tem por objeto o Supremo Tribunal Federal (STF), o guardião da Constituição da República, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que julga as questões federais e o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), uma das cidades em que se percebe de forma mais clara a presença da mistanásia. O recorte temporal em relação ao STF e STJ será do ano de 1988, marco da promulgação da Constituição Democrática, e no TJRJ o ano de 2003, início da vigência do Código Civil de 2002. Por fim, no recorte temático, a busca nos tribunais terá por objeto a expressão mistanásia. Não foi encontrado nenhum julgado em que fosse mencionado de forma expressa o termo mistanásia, o que justifica ainda mais o seu estudo, tendo em vista que um fenômeno que provoca a morte de muitas pessoas não se tem o seu devido reconhecimento enquanto uma situação que deve ser combatida.

No entanto, existem alguns julgados que se enquadram na categoria da responsabilidade civil pela mistanásia, mas que se fundamenta pela ótica do direito administrativo. É o caso do Recurso Extraordinário (RESp) 841526, em que foi reconhecida a repercussão geral em face da responsabilidade civil do Estado por morte de detento, pelo fundamento do art. 5º, XLIX e 37 § 6 da Constituição da República, pela teoria do risco administrativo. No âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347 foi determinada a audiência de custódia a fim de verificar as condições das prisões no Brasil e caracterizar o sistema prisional enquanto o “estado de coisa inconstitucional.” Cumpre registrar que, neste caso, verifica-se tanto a omissão quanto atos comissivos do Estado que ofendem a dignidade da pessoa humana, colocando os presos em condições degradantes e muitas vezes desumanas. É interessante que no corpo do voto do relator Ministro Marco

Aurélio a preocupação de assegurar o direito às minorias que ficam à margem da sociedade.²

É importante que os Tribunais Superiores reconheçam em sua fundamentação a morte por mistanásia. Mais do que um simples vocábulo que deve estar presente nas decisões, o reconhecimento judicial da mistanásia reforça o Estado no cumprimento de seus deveres. A responsabilização do Estado pela mistanásia em razão da omissão pode adotar tanto o nexo causal de causalidade abstrata, quanto a direta e imediata. Assim, se a omissão do Estado em fornecer material ou equipamento para que o paciente possa realizar o seu tratamento for, em abstrato, a causa para a morte do paciente, ficará responsável o Poder Público.

Em relação à postura omissiva do Estado, poder-se-ia pensar na responsabilização do Estado, de forma objetiva, tanto por uma omissão genérica, quanto específica: a diferença é que na primeira omissão o Estado seria condenado a realizar procedimentos para concretizar direitos que deveriam ter sido efetivados. É o caso de pessoas que residem nas ruas e não encontram nenhum amparo do Poder Público, ou pessoas doentes mentais que não recebem o tratamento adequado. Neste caso, a ação que visa responsabilizar o Estado, ainda que se alegue uma omissão genérica, deve condená-lo não no sentido de atribuir uma verba indenizatória para estas pessoas anteriormente descritas, mas na obrigação de fazer, isto é, de construção e manutenção de espaços próprios para o atendimento a estes grupos. É importante alertar que não se deve apenas “recolher” pessoas, mas lhes proporcionar um tratamento adequado para que, efetivamente, tenham sua dignidade respeitada. Por sua vez, configurando uma omissão específica, como no caso do ente público não fornecer o tratamento médico adequado que provoca a morte, ou o não fornecimento tempestivo de medicação, deverá ser responsabilizado, neste caso sim, de forma pecuniária, em favor dos dependentes dessa pessoa, e além disso, ser obrigado também a obrigação de dar ou fazer a fim de que sejam evitadas novas mortes por mistanásia.

² Por isso, entendo de relevância maior a apreciação do pedido de implemento de medida cautelar. Não se tem tema “campeão de audiência”, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar.

CONCLUSÃO

A vida humana deve ser respeitada e protegida em todas as suas etapas, e com maior ênfase no momento em que a pessoa se encontra mais próxima da morte. A morte é uma etapa natural da vida, pode apresentar diferentes significados conforme a religiosidade de cada um, mas ela ocorrerá. No Estado Democrático de Direito, as pessoas tem o direito de viver e morrer com dignidade, ou seja, ter uma vida que não leve em consideração apenas a sobrevivência, e sim demais aspectos como a saúde, alimentação adequada, segurança, etc. Da mesma forma a morte não deve ser uma etapa abreviada em razão da falta de políticas públicas que justamente asseguram uma vida “saudável” às pessoas.

A responsabilidade civil representa um instrumento importante para a vítima que, diante da lesão sofrida, poderá pleitear a reparação. Certamente é impossível voltar à situação anterior, mas a responsabilidade pode ter por efeito imediato a compensação para a pessoa agredida em relação à violência. Além disso, comporta uma dimensão indireta, que é justamente inculcar naquele que causou o dano a percepção de que não se deve mais proceder à esta conduta.

O Estado, em regra, existe em razão da proteção da pessoa humana. A finalidade do Poder Público é justamente promover políticas públicas que visam promover uma sociedade mais justa, com menos desigualdades sociais, conforme prevê a Constituição da República. Este projeto constitucional deve ser implementado para que, efetivamente, a sociedade brasileira tenha reduzidas as violências praticadas em geral sobre grupos que se encontram em situação de maior vulnerabilidade.

A mistanásia representa uma morte antecipada, de alguém que não teve seus direitos fundamentais respeitados, e diante disso, sofre uma “morte miserável”. A expressão não se confunde com outras correlatas, como a ortotanásia e distanásia, pois tem significados distintos, e muito menos com a eutanásia social. Cuida-se de palavra que serve para demarcar uma ofensa à vida humana e que deve ser compreendida na realidade social de pobreza e miséria em que vivem muitos brasileiros; o sistema prisional configura um exemplo de “campo” para as práticas da mistanásia, mas não configura o único.

A efetivação da mistanásia decorre, em certo aspecto, tanto da atuação, quanto da omissão do Estado. Na primeira situação, fica mais claro o agir estatal que, efetivamente, provoca a morte de pessoas de forma cruel, ensejando a responsabilidade civil; nas atitudes omissivas a situação é mais delicada. Certamente, nem toda omissão imputará responsabilidade ao Estado, mas apenas aquela em que o Estado tem, de fato, o dever de atuar, e assim como nas atitudes comissivas, a natureza da responsabilidade estatal é objeti-

va, já que não se faz distinção no âmbito da Constituição da República. Entretanto, a distinção entre omissão genérica e específica, no caso da mistanásia, irá se distinguir na questão pecuniária, pois apenas na omissão específica, aquela que, a rigor, o Estado teria como realizar, é que se deve condenar o Estado pelo prejuízo econômico em favor dos dependentes dessa pessoa.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa; BARBOZA, Heloiza Helena. Responsabilidade pela mistanásia na saúde privada. In: ABREU, Célia Barbosa; MORAES, Guilherme Peña; MADEIRA FILHO, Wilson (Org). *Diálogos sobre Direitos Humanos*. vol 1. 1 ed, 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Conceito de ato ilícito e o abuso de direito. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

CAMATA, Gerson. Em defesa da ortotanásia. In: PEREIRA, Tania da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloiza Helena. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GGZ Ed, 2010.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: PEREIRA, Tania da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloiza Helena. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GGZ Ed, 2010.

CARVALHO, Gisele Mendes de; SALDANHA, Rodrigo Roger; MUNEKATA, Larissa Yukie Couto. Breves considerações sobre a mistanásia e o caso do Hospital Universitário Evangélico de Curitiba – PR, Brasil. In: *Revista Opinión Jurídica*. Vol 15, nº 29, Medellin, Colombia.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil*. vol 3. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil*. Vol IV. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDONÇA, Márcia Helena; SILVA, Marco Antonio Monteiro. Vida, dignidade e morte: cidadania e mistanásia. In: *Revista Iusgentium*, vol 9, nº 6, 2014.

MENEZES NETO, Elias Jacob; LIMA, Tiago José de Souza. A prática da mistanásia nas prisões femininas brasileiras ante à omissão do direito à saúde e a negação da dignidade humana. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol 8, nº1, 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão Na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RICCI, Luiz Antonio Lopes. *A morte social*. São Paulo: Paulus, 2017.

SEXUALIDADE E VULNERABILIDADE: O Direito Penal como *ultima ratio* na busca da harmonia social

Fernanda Franklin Arakaki

Centro Universitário UNIFACIG professora e coordenadora do núcleo de práticas jurídicas, doutoranda no programa Direito Instituições e Negócios, UFF, Niterói, Brasil, fernandafs@sempre.facig.edu.br

Rosana Maria de Moraes e Silva Antunes

Faculdade Lusófona do Brasil, professora e coordenadora do núcleo de praticas jurídicas, doutoranda no programa Direito Instituições e Negócios, UFF, Niterói, Brasil, rosanadvogada@gmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o crime de estupro de vulnerável em que o fator idade, menor 14 anos, tipifica a prática sexual como não consentida, independente dos fatores fenomenológicos e da realidade que permeia o caso concreto. Para tanto, será feita uma análise das discussões que envolvem a vulnerabilidade e a possibilidade ou não do consentimento do menor de 14 anos, que ensejam a violência capaz de amoldar a conduta ao fato típico, sem analisar o caso concreto, principalmente após a inclusão em 2018 do parágrafo 5º ao artigo 217-A, diante os princípios e diretrizes que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, através de uma pesquisa de caráter bibliográfica de abordagem qualitativa, cujo método será o método hermenêutico fenomenológico, o presente estudo, trará a proposta para a investigação dos conceitos e análise do tema, que é de suma relevância jurídica e social ao Estado democrático de direito.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável; Adequação Social; Princípio da intervenção mínima.

INTRODUÇÃO

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento maior, o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa garantia representa uma das premissas mais importantes promulgadas pela Constituição Federal de 1988 e que, deve juntamente com os demais princípios constitucionais irradiar todo o ordenamento jurídico brasileiro.

O sistema jurídico, formado de regras e princípios, surge como forma de regulamentar as relações sociais. Neste diapasão, a função do intérprete é aplicar a norma ao caso específico se valendo dos princípios e regras de hermenêutica, e não se ater apenas a letra fria da lei.

As relações sociais são bastante dinâmicas e, o intérprete, precisa se adequar às novas perspectivas e fenômenos que surgem no cenário nacional, devendo, sobretudo compreender o caráter tridimensional do Direito, incluindo o sistema penal.

Assim, nas lições de REALE (2003), a norma, só adquire validade objetiva quando integrada aos fatos dos valores aceitos por certa comunidade num período específico de sua história. Desta forma, no momento em que o operador do direito interpreta uma norma, precisa, sobretudo, compreendê-la em função dos fatos que a condicionam e dos valores que a guiam, não podendo o direito ser compreendido tão somente em razão de seus enlaces formais (Reale 2003 *apud* CARVALHO, 2011, p. 186).

Neste sentido, o direito penal, como parte do sistema jurídico, deve nele estar integrado, devendo suas normas e regras a serem interpretadas e conduzidas de forma a trazer a integridade ao direito, além de moldando-se e compatibilizar-se com as características atuais da sociedade.

Neste diapasão, com vistas a garantir tal integridade, faz-se necessário analisar o crime de estupro de vulnerável, especialmente em relação aos menores de 14 anos, vez que, com vistas a combater a violência sexual, protegendo os vulneráveis, a interpretação fria da lei poderá gerar distorções e consequências ainda mais graves a sociedade e ao vulnerável.

Para tanto, será feita uma pesquisa de caráter bibliográfica e abordagem qualitativa, cujo método será o hermenêutico analítico, tendo como objetivo apresentar os fundamentos da teoria tridimensional do direito para a investigação do tema, buscando, desta forma, adequar o fato ao valor e a norma posta.

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O crime de estupro de vulnerável, tipificado no Código Penal no art. 217-A¹, veio sofrendo nos últimos anos diversas alterações, tanto na

¹ “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

legislação pátria, quanto na interpretação dos tribunais, travando importantes discussões no mundo jurídico e acadêmico.

Tal discussão, fundamentalmente, envolve a possibilidade ou não do consentimento do vulnerável para a prática do ato sexual, em especial do menor de 14 anos, que devido às diferenças sociais e culturais podem ocasionar distorções e incoerências às decisões judiciais, trazendo consequências graves aos condenados por esse delito².

A jurisprudência do STJ após inúmeras divergências sobre a questão da violência ser real (sem consentimento) ou apenas presumida (com consentimento do vulnerável) para a tipificação do delito, acabou firmou entendimento extremamente legalista, entendendo por consumado o delito com a prática da relação sexual ou do ato libidinoso com menor de 14 anos, sem analisar qualquer outro requisito (como o histórico do menor, ou o apoio do relação pelos familiares) apenas a idade cronológica, tornando o consentimento do menor e da própria família - que são os responsáveis legais - nulo.

O legislador penal pátrio, nesse mesmo viés punitivo, introduziu ao Código Penal o artigo 217-A, com a Lei 12.015 de 2009, colocando o crime de estupro de vulnerável, como uma espécie autônoma, e com penas rigorosas, destinado a proteger aqueles que, em tese, não possuem capacidade de discernir sobre os atos e consequências da sexualidade ou que, por alguma razão, não podem reagir.

Não obstante, embora a jurisprudência já viesse caminhando neste viés extremamente legalista, o legislador pátrio, em 2018, com a Lei 13718 incluiu o parágrafo 5º ao artigo 217- A³, reforçando o entendimento de que, para a tipificação deste delito, independe do consentimento da vítima ou do fato da mesma já ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Desta forma, com as novas alterações ao crime de estupro de vulnerável, independentemente da relação se dar (ou não) mediante violência ou grave ameaça, é crime, vedando a lei qualquer prática sexual mantida com menores de 14 anos (*caput*), assim como de outras pessoas consideradas vulneráveis para o Código Penal.

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)” (BRASIL, 1940, online).

² Trata-se de crime considerado como hediondo pela Lei 8072/1990 no art. 1º, VI.

³ “ Artigo 217 -A (...)

§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) (BRASIL, 1940, online)

Cumpra salientar, que o STJ, também firmou entendimento que a simples contemplação lasciva, já é considerada como estupro, independente do contato físico entre ofensor e ofendido⁴.

Tais alterações trazem reflexos de suma importância para o estudo dos crimes sexuais no Código Penal, e, sobretudo, aos acusados e condenados por esses crimes, principalmente nos crimes cometidos contra vulneráveis, já que a lei anulou por completo sua autonomia da vontade.

A proteção e cuidado com os vulneráveis, é uma real necessidade a ser implementada no ordenamento jurídico brasileiro, mas, o engessamento das interpretações no caso concreto, pode trazer graves consequências familiares, sociais e jurídicas aos condenados e as vítimas, já que além de tratar-se de crime hediondo é de ação pública incondicionada⁵.

2. A QUESTÃO DA VULNERABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A vulnerabilidade existencial é uma condição inerente ao ser humano, naturalmente necessitado de ajuda que está relacionado com o estado de ser/estar em perigo ou exposto a potenciais danos em razão de uma fragilidade atrelada sua existência.

Não obstante, o ser humano vulnerável é aquele que, está mais suscetível a danos existenciais, uma vez que possui desvantagens, em alguma medida, o impedindo de alcançar patamares mais elevados de qualidade de vida no seio da sociedade. Em função de sua cidadania fragilizada, é necessário apoio específico (políticas públicas), para que ocorra a mudança de sua condição, uma vez que o estado de vulnerabilidade está ligado a situações e contextos individuais e coletivos. (MORAES, 2010, p. 93)

Entende-se que vulneráveis são pessoas que não podem se defender sozinhas, ou que, em determinado momento, estejam desprotegidas e facilmente poderá ser atacada.

⁴ A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. Segundo a posição majoritária na doutrina, a simples contemplação lasciva já configura o "ato libidinoso" descrito nos arts. 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. (STJ. 5ª Turma. RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016 (Info 587).)

⁵ Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada. (Redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018) (BRASIL, 1940, online)

Sendo assim, é exigido uma proteção maior e específica do Estado quando se trata de uma pessoa vulnerável, como se pode extrair da Constituição Federal que resguarda e protege, rigorosamente, o vulnerável conforme vislumbra seu artigo 227, § 4º.

A tendência da legislação brasileira é recorrer à categorização, ou seja, o reconhecimento expresso grupos vulneráveis normatização de cada uma dessas categorias. Nesta linha de raciocínio, um exemplo é a criança e adolescente, cuja vulnerabilidade existencial se associa à sua personalidade ainda em desenvolvimento, conforme reconhecido na Constituição Federal, e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990). Assim, a criança deve ser protegida integralmente desde o seu nascimento, demandando amparo material, para a sua sobrevivência, e amparo afetivo, para a construção de personalidade de forma sadia e sociável.

Na esteira desse pensamento, as discussões que envolvem ou não a violência na qual, os crimes sexuais se alicerçam, é ponto de preocupação na doutrina e na jurisprudência, quando se fala em uma violência baseada apenas na cronologia (menor de 14 anos), apontando de forma generalizada uma violência, que na realidade, em muitos casos, sequer existiu.

Ao que parece, o mais sensato é que haja uma relativização da vulnerabilidade a luz do caso concreto, para que não aconteçam decisões contrárias ao ideal de justiça. Neste sentido, uma possível solução, que melhor coaduna com a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro e do atual desenvolvimento sociocultural é entender que a vulnerabilidade é sim passível de flexibilização.

3. INFLUÊNCIA DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Miguel Reale (2003), em Fundamentos do Direito, apresenta os elementos básicos da sua filosofia jurídica. Nessa obra inicia-se a concepção tridimensional da experiência jurídica. A compreensão tridimensional do Direito sugere que uma norma adquire validade objetiva integrando os fatos nos valores aceitos por certa comunidade num período específico de sua história. Nos fundamentos da teoria tridimensional do direito realizada por Miguel Reale, percebe-se característica do culturalismo, quando o autor reconhece, ao analisar a tríade da teoria, a necessidade de análise da realidade social e cultural onde ela se apresenta. Desta forma, no momento de interpretar uma norma é necessário compreendê-la em função dos fatos que a condicionam e dos valores que a guiam.

Tal consideração é permitida uma vez que o Direito é norma e, ao mesmo tempo, uma situação normalizada, no sentido de que a regra do Direi-

to não pode ser compreendida tão somente em razão de seus enlaces formais (REALE 2003 *apud* CARVALHO, 2011, p. 186). Em conclusão a teoria tridimensional no pensamento de REALE (2003) consiste:

Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou sociólogo do Direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (REALE, 2003, *apud* CARVALHO (2011 p. 70).

Desta forma, analisado pela tríade fato, valor, norma, e sem que impor um peso superior de um elemento sobre o outro, o Direito é, não relativo, mas está sujeito a mudanças. O movimento dialético dos três elementos é o caminho pelo qual devem interpretar as normas jurídicas, distanciando-se assim do relativismo.

Tendo como referencial a teoria de REALE (2003), observa-se que as mudanças legislativas ocorridas no Brasil nos últimos setenta anos, em relação aos crimes de natureza sexual, não decorrem da evolução do comportamento da sociedade, mas em razão das transformações que ocorreram em outros segmentos sociais, como a política e até mesmo a ciência e religião.

Entretanto, a compreensão do Direito não pode se limitar a uma visão setorizada da realidade social, avaliando-se isoladamente o que há de fático, de axiológico ou ideal, ou de normativo na vida do direito. O Direito deve, ao contrário, dedicar-se ao estudo dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos, de maneira contemplativa do todo.

É, pois, na essência e na vida mesma do direito positivo que, antes de mais nada, nos cabe penetrar, recolocando-o no meio do mundo social, do qual ele é um elemento integrante, para estudá-lo em função das forças intelectuais e morais da humanidade, que, somente elas, lhe podem dar real valor (REALE, 2003. p. 07).

Desta forma, é imperioso advertir que as condutas conforme o segmento social e o meio em que a pessoa vive modificam-se, daí a importância de se averiguar as peculiaridades de cada caso concreto de maneira não se distanciar do propósito elementar do sistema de justiça brasileiro, qual seja, produzir decisões legítimas e justas.

Diante das considerações acerca da teoria tridimensional do direito elaborada por Miguel Reale (2003), tem-se que a relação dialética entre fato, valor e norma constitui um mecanismo importante na busca de harmonizar os fatos sociais a norma legal posta, adequando-a no momento de sua aplicação ao caso concreto, que nada mais é que o reflexo da realidade cultural-social na qual o Direito, como um conjunto normativo está inserido.

4. A VULNERABILIDADE E A ESTRITA LEGALIDADE

O crime em estudo tutela a dignidade sexual e o desenvolvimento sexual do indivíduo menor de 14 anos. O aludido artigo substituiu a antiga redação do art. 224, também do Código Penal, que se tratava da presunção de violência. Após a edição da Lei nº. 12.015/09, a presunção de violência deixou de existir no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido a tipificação da conduta alterada para contemplar como delito a mera prática do ato, sem necessidade de violência ou grave ameaça, tal como dispõe, agora, o art. 217-A, o qual criou a figura do estupro de vulnerável. Não obstante, endurecendo ainda mais a legislação penal, acrescentou em 2018 com a Lei 13718 o parágrafo 5º, deixando expresso que independe do consentimento e da prática anterior às relações sexuais.

O tema mostra-se de natureza bastante complexa, não devendo ser banalizada, sendo legítima a necessidade de proteção dessas pessoas, mas, nem por isso, deve ser o intérprete omissivo as relações sociais e os fenômenos que permeiam o caso concreto, sob pena de estar ferindo a integridade do direito e à dignidade da pessoa humana.

NUCCI (2009), sobre o referido tema, leciona que:

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade (NUCCI, 2009, p. 37).

Para NUCCI (2009), o crime de estupro de vulnerável está ligado ao real discernimento, afirmando que:

[...] trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir (NUCCI, 2009, p. 829).

Leciona ainda NUCCI (2010) sobre o tema que:

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulne-

ráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos (NUCCI, 2010, p. 395).

Nesse aspecto, NUCCI (2010) ressalta que, sob a ótica da liberdade sexual, é importante constatar a vulnerabilidade do menor, assim, “deve ser analisada a conscientização do menor para a prática sexual, a idade e o desenvolvimento físico da vítima, tudo isso com base na intervenção mínima e seu princípio correlato o Princípio da ofensividade” (NUCCI, 2010, p.37)

5. O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O Direito Penal, assim como as demais normas do Direito, enquanto instrumento de controle social, devem estar em consonância com todo o ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, uma das premissas fundamentais do Direito é à harmonia da vida em sociedade, uma exigência essencial para uma convivência ordenada e não apenas uma regra ou um comando.

Desta forma, nem ao legislador nem ao intérprete do direito, é possível afastar do processo de criação e interpretação o fato concreto sobre o qual a lei deve ser aplicada, uma vez que a norma enuncia algo que deve ser em virtude do reconhecimento de um valor determinante para um comportamento ser declarado obrigatório. Essa valorização se dá mediante um juízo. Trata-se de juízo de valor, no qual é atribuído, com caráter de necessidade, certa qualidade a um ser, um ente, a um bem⁶.

Leciona sobre o tema Welzel (1972):

É missão do Direito Penal amparar os valores elementares da vida da comunidade... Desta forma, por trás da proibição de matar está o pensamento primário que tende a assegurar o respeito pela vida dos demais... Resulta claro que a segurança de todos somente se garante suficientemente, quando se assegura o respeito pela vida alheia. (FRAGOSO apud WELZEL, 1972. p.27/31).

Desta forma, é possível depreender-se que o contexto social é uma das fontes, talvez uma das mais importantes, sobre a qual se deve basear o intérprete. Interpretar, nada mais é desvendar o sentido e alcance da norma, elucidando o significado dos preceitos jurídicos, fazendo com que tenha sentido a lei na vida real.

⁶ REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 26^a.ed São Paulo: Saraiva, 2002 p.35. Nas palavras de Miguel Reale., “O legislador não se limita a descrever um fato baseando-se naquilo que é, determina que algo deva ser com a previsão de diversas conseqüências, caso se verifique a ação ou omissão, a obediência à norma ou sua violação.”

Em reforço, salienta-se que a LINDIB indica ao intérprete, que no momento da aplicação da lei, observe os fins sociais da norma e a exigência do bem comum, devendo a lei se adaptar às mudanças sociais.

Desta forma, a norma existe a serviço da sociedade, devendo servir como elemento da vida e da harmonia social, devendo possuir como finalidade a melhor forma de servir às exigências sociais dentro da realidade atual.

Não por outra razão, a Constituição Federal de 1988 evoca a dignidade humana como valor maior de todo o ordenamento jurídico pátrio, indicando esses preceitos como o norte interpretativo ao intérprete e aplicador do direito.

Desta forma, o Direito penal, assim como o seu conteúdo proibitivo, deve acima de tudo promover e garantir de forma efetiva a dignidade humana e não apenas realizar um mero juízo de subsunção fática.

Salienta-se, que o Direito Penal deve possuir no ordenamento jurídico um papel mais relevante que a mera punição de comportamentos humanos, mas, sobretudo de reafirmar valores sociais e, proteger bens jurídicos considerados mais importantes. Nas palavras de Welzel (1972):

O simples amparo de bens jurídicos tem uma finalidade negativo-preventiva, policial-preventiva. Em compensação, o papel mais profundo que exerce o direito penal é de caráter positivo-ético-social, pois proibindo e sancionando o afastamento realmente manifestado dos valores fundamentais do pensamento jurídico, o Estado exterioriza do modo mais ostensivo de que dispõe, a validade inviolável destes valores positivos do ato, forma o juízo ético-social dos cidadãos e fortalece seu sentimento permanente de fidelidade ao direito. (FRAGOSO, apud WELZEL, 1972. p.27/31)

Nesta perspectiva, o Direito Penal tem o dever tutelar valores ético-sociais mais relevantes, devendo tutelar apenas os fatos valorados como mais negativamente praticados pela sociedade. Nas palavras de Welzel (2001) “é missão do Direito Penal a proteção de bens jurídicos mediante o amparo dos elementares valores ético-sociais da ação” (FRAGOSO apud Welzel, 1972, p. 33)

Assim, por mais que abstrata a lei, ou ainda, extenso o ordenamento jurídico, jamais poderá definir toda a infinidade de relações sociais inerentes ao mundo fenomênico. Desta forma, algumas adequações devem ser feitas pelo intérprete no momento de se amoldar a norma ao caso concreto.

Nesta esteira, por ser a realidade social e o caso concreto variável, determinadas condutas consideradas típicas, devem ser toleradas e consideradas adequadas socialmente, isto porque o direito legislado não evolui ao

mesmo passo que as relações sociais, nem tão pouco pode ser interpretado apenas pela letra seca e fria da lei.

Neste sentido, o princípio da adequação social, desenvolvido por Hans Welzel (1972)⁷, constitui-se como um princípio do direito penal no qual não se pode considerar como criminosa uma conduta, que aos olhares sociais é adequada ou tolerada pela sociedade, ainda que tificada pela codificação pátria, deve ser afastada sua ilicitude, pelo princípio da adequação social.

Na precisa lição de Welzel (1972):

Tipo é o injusto penal descrito de acordo com características típicas. O injusto abrange as ações que estão à margem das ordens morais da vida social ativa ... Dado isso, deve ser compreendido também o caráter do injusto, sempre e somente através de uma referência às ordens morais da vida social ativa. Ações que se movem dentro do marco das ordens sociais, nunca estão compreendidas dentro dos tipos de delito, nem ainda quando pudessem ser entendida em um tipo interpretado ao pé da letra; são as chamadas ações socialmente adequadas. (FRAGOSO apud WELZEL, 1972, p.106)

Trata-se, portanto, de um princípio de hermenêutica em que o tipo penal deve ser analisado como um modelo de conduta proibitiva que, em determinadas situações, alcança condutas, que em tese deveriam se adequar ao modelo legal. Isto acontece, porque a subsunção do fato a norma é apenas aparente, pois a conduta em determinados casos concretos, não traz a reprobabilidade social inerente a toda infração penal, vez que essencialmente o direito penal, como protetor subsidiário dos bens sociais mais importantes à tranquilidade social, deve ser tido como a *última ratio* na intervenção das relações sociais, não agindo, quando essas condutas são socialmente aceitas, respeitando-se assim a integridade do ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Com o advento do constitucionalismo, todos os ramos do direito, passaram a serem analisados sobre uma perspectiva constitucional.

Essa exigência de filtro constitucional em toda a legislação infraconstitucional exige um constante processo no momento da aplicação da norma posta quando da análise do caso concreto. Nesse diapasão o Direito deve ser caracterizado pela tridimensionalidade do momento em que surge

⁷ A adequação social nasce com Welzel, após a Segunda Guerra Mundial, com o advento da teoria finalista da ação, entre 1930 e 1939, superando a teoria causal da ação, onde a ação é definida como “comportamento humano voluntário manifestado exteriormente”. A partir da doutrina de Welzel, se faz possível há vinculação do sistema do fato punível com a realidade social e a hermenêutica.

uma norma jurídica, que se configura na síntese de fatos ordenados, conforme valores distintos, até o momento de sua aplicação concreta, onde se percebe o Direito como ordenamento; o fático, histórica e social, e por fim, o valor.

A tridimensionalidade do Direito exige a adequação das condutas da sociedade, em virtude da mudança no comportamento social que evidencia a existência de uma relação direta com a legislação.

Desta forma, as condutas previstas nos crimes do artigo 217-A do CP, não devem ser vista de maneira puramente legalista, pois, no caso concreto é possível que haja autodeterminação sexual e aos olhos sociais plenamente admissíveis. Isso porque, a sexualidade é absorvida pela cultura, influenciando, em muitos casos, o amadurecimento do indivíduo.

Assim, diante o caso concreto, é necessário ao intérprete a utilização do princípio da adequação social, possibilitando observar a sociedade, o comportamento social para a aplicação do direito, afastando o crime em análise pela atipicidade formal da conduta.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e Interdição Civil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009,

CARVALHO, José Mauricio de. **Miguel Reale: ética e filosofia do direito**. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade**. V1. A vontade do Saber. 13ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. _____Microfísica do poder. 18. ed. . Rio de Janeiro: Graal, 2003.

FRAGOSO, Heleno C. **Revista de Direito Penal**. v5. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.. Disponível em: http://www.fragoso.com/eng/arq_pdf/conteudos/RDP05.pdf. Acesso em: 20/11/2018

MAGALHÃES, Alex Pacheco. **O Princípio Penal Constitucional Da Adequação Social No Direito Penal Constitucional Brasileiro**: Novas Facetas. 1ed. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_ar... Acesso em: 20/11/2018

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da dignidade da pessoa humana. Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual** – Comentários à Lei 12.015, de Agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo Revista dos Tribunais, 2008. p. 829.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009** (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais, vol. 902, p. 395, dez / 2010.

REALE, Miguel. **A teoria tridimensional do Direito**. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

TERRA, R. 1987. A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana. In: ROSENFELD, D. (org.), **Filosofia Política 4**. Porto Alegre, LPM, p. 49- 65.

UMA ANÁLISE A RESPEITO DOS LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS NÃO DISPENSADOS PELO SUS

Raquel Nery Cardozo

Professora Assistente da Universidade Federal Fluminense – Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN) / Departamento de Direito Aplicado (DDA). Rio de Janeiro, Brasil
raquelncardozo@gmail.com

José Carlos Cardozo

Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Direito Humanidade e Letras (DHL). Três Rios, Brasil
cardozojosecarlos@gmail.com

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a abrangência da responsabilidade do Estado no fornecimento dos medicamentos que não são dispensados pelo SUS, justificando-se no *status* de norma constitucional que o Direito à Saúde possui. Em 2018, no julgamento do REsp. 1.657.156, foram estabelecidos requisitos cumulativos para que o Poder Público forneça medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, quais sejam, a comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; a incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito e a existência de registro na ANVISA do medicamento. No entanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu em 2019, durante sessão de julgamento do REExt. 657.718, que o Estado só deve fornecer medicamentos sem registro na Anvisa em casos excepcionais bem como a impossibilidade de concessão judicial para fornecimento de medicamento experimental, decisões essas que certamente geram grande impacto nas demandas de saúde. O presente artigo tem por escopo realizar uma análise dessas decisões, apontando os limites da responsabilidade do Estado no fornecimento de medicamentos, utilizando-se pesquisa eminentemente doutrinária e jurisprudencial, apresentando-se no primeiro capítulo os protocolos clínicos para o fornecimento de medicamentos e no segundo tratando sobre os limites à responsabilidade do estado no fornecimento dos medicamentos não dispensados pelo SUS.

Palavras-chave: medicamentos, Estado, fornecimento.

INTRODUÇÃO

Incontestável é a fundamentalidade do direito à saúde, com amparo nos artigos 6º e 196, da Constituição da República e o crescente aumento de demandas que objetivam a condenação do Estado no custeio de medicamentos. O julgador, ao se deparar com a questão que envolve direitos tão essenciais, quais sejam, saúde, vida e dignidade da pessoa humana, acaba decidindo pelo deferimento do pedido da parte. No entanto, qual seria a abrangência da responsabilidade do Estado no fornecimento dos medicamentos que não são dispensados pelo SUS (Sistema Único de Saúde)? A ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), regulamentada pelo Decreto 3.029, de 16 de abril de 1999, realiza o registro de medicamentos em todo o território nacional, executando o controle sanitário, nos termos da Lei 5.991, de 17 de dezembro de 1973, no que diz respeito a produção e comercialização, tanto de produtos e serviços quanto de ambientes, processos, insumos e tecnologias, na promoção da proteção da saúde da população, sendo certo que o registro dos medicamentos segue uma série de fases até que possa ser comercializado. Já os medicamentos que são dispensados pelo SUS devem estar inseridos na lista RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), tendo sido ainda instituído pelo Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 2.577/06, o denominado Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional (CMDE), como parte integrante da PNAF (Política Nacional de Assistência Farmacêutica), que tem por objetivo disponibilizar medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde para tratamento de agravos inseridos.

Portanto, não se discute a obrigatoriedade no fornecimento dos medicamentos que estejam inseridos na lista RENAME ou na CMDE, mas sim os que não estejam nelas listados em razão da determinação constitucional de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Em 2018, no julgamento do Recurso Especial 1.657.156 (afetado para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos) pelo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), foram estabelecidos requisitos cumulativos para que o Poder Público forneça medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, quais sejam, a comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; a incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito e a existência de registro na ANVISA do medicamento.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu em 2019, durante sessão de julgamento do Recurso Extraordinário 657.718, que o Estado só deve fornecer medicamentos sem registro na Anvisa em casos excepcionais bem como a impossibilidade de concessão judicial para fornecimento de medicamento experimental, decisões essas que certamente geram grande impacto nas demandas de saúde. O presente artigo tem por escopo realizar uma análise dessas decisões, apontando os limites da responsabilidade

de do Estado no fornecimento de medicamentos, utilizando-se pesquisa eminentemente doutrinária e jurisprudencial.

1. OS PROTOCOLOS CLÍNICOS PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

A ANVISA, autarquia sob regime especial, criada pelo art. 3º, da Lei 9.782/99, regulamentada pelo Decreto 3.029/99, possui personalidade jurídica de direito público, vinculada ao Ministério da Saúde, e incumbida de realizar o registro de medicamentos em todo o território nacional, considerando medicamento o *produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico*, conforme exposto no artigo 4º, II da Lei 5991/73.

Sua finalidade institucional consiste em realizar um controle sanitário, nos termos da Lei 5.991/73, no que diz respeito a produção e comercialização, tanto de produtos e serviços quanto de ambientes, processos, insumos e tecnologias, na promoção da proteção da saúde da população, exigindo que o registro de medicamentos na ANVISA, siga uma série de fases até chegar ao mercado.

A primeira fase consiste no estudo pré-clínico em que são feitos ensaios para se conhecer o mecanismo de ação de uma nova molécula, determinar a sua segurança e as doses seguras para o início dos testes em seres humanos. (FARMACEUTICAS, 2015)

Já a segunda fase, consiste nos Estudos Clínicos de Fase I, II e III, sendo necessárias aprovações regulatórias éticas e sanitárias. Nesta fase, já são feitos estudos com seres humanos.

A terceira fase consiste no requerimento do registro junto à ANVISA. (FARMACEUTICAS, 2015)

Na quarta fase, caso seja permitido, será conferida a concessão do registro e na quinta fase, iniciam-se os estudos clínicos de fase IV, existindo quatro hipóteses para que um medicamento não esteja no mercado: (FARMACEUTICAS, 2015)

- b. O solicitante não comprova a qualidade, eficácia e segurança;
- c. Ausência de pedido de registro junto à ANVISA;
- d. A substância faz parte de uma lista de produtos banidos por falta de segurança ou proibição legal;
- e. O medicamento ainda está em análise na ANVISA.

Portanto, para que um medicamento possa ser comercializado / fornecido no país, deve ser feita uma solicitação de registro junto à ANVISA, a fim de que possa ser realizada a validação dos dados de qualidade, eficácia e segurança, com as respectivas responsabilidades da empresa.

Desta forma, todo medicamento registrado junto à ANVISA pode ser comercializado em território nacional, sendo fornecido pelo SUS, aquele que seja contemplado pela lista RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais).

Para o Ministério da Saúde, a RENAME constitui um elemento técnico-científico que orienta a oferta, a prescrição e a dispensação de medicamentos nos serviços do SUS. A RENAME encerra em si um instrumento de promoção à saúde, pelo uso racional de medicamento. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007).

A discussão internacional a respeito da essencialidade de um medicamento teve início em 1975, quando a OMS (Organização Mundial da Saúde) passou a atentar para os principais problemas enfrentados pelos países em desenvolvimento, em seus planos de saúde, sendo que em 1977, a OMS introduziu a questão dos medicamentos essenciais dentro da estratégia global com o escopo de reforçar a atenção primária de saúde, como componente para atingir a meta de “Saúde para todos no ano 2000” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2001), lançando a Lista de Medicamentos Essenciais (LME), que é utilizada por muitos países para aumentar o acesso aos medicamentos e orientar decisões sobre quais produtos eles garantem que estão disponíveis para suas populações, a qual é atualizada e revisada, a cada dois anos, pelo Comitê de Peritos da OMS, quanto aos aspectos da Seleção e Uso de Medicamentos Essenciais. (OPAS, 2017)

O conceito de medicamentos essenciais foi primeiramente proposto como meio de possibilitar o acesso de populações mais carentes aos medicamentos. Evitando fármacos de eficácia duvidosa ou não comprovada, de alto índice risco/benefício, associações de medicamentos na mesma formulação ou duplicidade de fármacos para a mesma indicação clínica, objetivou-se criar condições que possibilitem satisfazer a todas as necessidades da terapêutica, melhorando também a qualidade de assistência. (CASTRO, 2000, p. 31).

A consequência desse trabalho foi a possibilidade de escolha do melhor medicamento para ser utilizado no tratamento médico de determinado paciente, sendo considerados essenciais os fármacos que melhor atendam às necessidades terapêuticas da maior parte da população, devendo estar disponíveis, serem eficazes e de boa qualidade, apresentando ainda um custo que seja acessível ou com uso racional garantido. (CASTRO, 2000, p. 32).

A RENAME, que teve sua origem em 1964, com a primeira Lista de Itens da Saúde (Decreto 53.612/64), é atualizada com base na LME da OMS, sendo que a última atualização ocorreu no ano de 2017.

Ocorre que existem medicamentos não inseridos na lista RENAME, mas que são registrados junto à ANVISA. São os denominados medicamentos de dispensação excepcional, ou seja, são aqueles que não estão contemplados na RENAME.

A lide, nestes casos, decorre, em tese, pelo fato da Administração Pública defender que somente está obrigada a fornecer os medicamentos que estejam inseridos na RENAME.

Contudo, o Ministério da Saúde instituiu, através da Portaria nº 2.577/06, o denominado Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional (CMDE), como parte integrante da Política Nacional de Assistên-

cia Farmacêutica – PNAF – (aprovada pela Resolução n. 338/04, do Conselho Nacional de Saúde), competindo à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE), do Ministério da Saúde a edição de normas complementares objetivando a operacionalização do CMDE.¹

Nos termos do item 1, do ANEXO 1, da Portaria nº 2.577/06, o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional (CMDE) caracteriza-se como uma estratégia da política de assistência farmacêutica, que tem por objetivo disponibilizar medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde para tratamento de agravos inseridos nos seguintes critérios:

- 1.1. doença rara ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado;
- 1.2. doença prevalente, com uso de medicamento de alto custo unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado desde que:
 - 1.2.1. haja tratamento previsto para o agravo no nível da atenção básica, ao qual o paciente apresentou necessariamente intolerância, refratariedade ou evolução para quadro clínico de maior gravidade, ou
 - 1.2.2. o diagnóstico ou estabelecimento de conduta terapêutica para o agravo estejam inseridos na atenção especializada.

No entanto, em 2009, foi editada a Portaria nº 2.982/09, do Ministério da Saúde, revogando em seu artigo 2º, a Portaria 2.577/06, que versava sobre a dispensação de medicamentos excepcionais, alterando, a denominação do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional, descrito no inciso III, art. 24, seção IV, da Portaria no 204/GM/07, para Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

Todavia, a Portaria 2.982/09, inclui um rol de medicamentos para garantia das linhas de cuidado para as doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, acompanhadas no âmbito da Atenção Básica.

Ainda assim, existem medicamentos excepcionais, que são requeridos sob o argumento de sua eficácia no tratamento de determinada enfermidade.

Desta forma, as demandas judiciais, que objetivam o custeio de medicamentos excepcionais, provocam um litígio interminável entre o postulante e o Estado, sob o argumento de que este tem o dever de custear medicamentos e tratamentos necessários à manutenção da saúde da pessoa, ainda que estes medicamentos não sejam dispensados pelo Estado.

É oportuno destacar que muitas vezes, na esfera judicial, ainda que o julgador determine o fornecimento do medicamento excepcional, a

¹ Disponível em <<http://cme.datasus.gov.br/principal/index.php>>. Acesso em 25 abr. 2019. 22:08:10.

efetividade desta decisão fica prejudicada, quer em razão da demora no andamento dos processos, quer pela crise financeira pelo qual o Estado vem passando atualmente. Constata-se que até mesmo os medicamentos incluídos na RENAME, considerados essenciais, não estão sendo fornecidos, espontaneamente, pelo Estado, sendo rotineiro o ajuizamento da demanda judicial na grande maioria dos casos.

A efetividade de uma decisão judicial consiste na realização do Direito, o desempenho concreto da sua função social, representando a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simbolizando a aproximação entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 2003, p. 85)

Percebe-se que não basta uma previsão legal para a garantia do direito. Se o constituinte originário optou por um sistema universal de direito a saúde, enquadrando-o como um direito social fundamental e preceituando o princípio da legalidade estrita, destinada ao administrador público, esse direito tem que ser efetivado de alguma forma.

2 LIMITES À RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS NÃO DISPENSADOS PELO SUS

O problema recrudescer quando são ajuizadas demandas judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos não abrangidos pela RENAME ou pela Portaria 2.982/2009, do Ministério da Saúde além dos tratamentos e procedimentos díspares aos dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)² do SUS; de medicamentos não registrados na ANVISA ou de alto custo.

Assim, verifica-se que os problemas que ensejam o ajuizamento de grande número de demandas decorre, em parte:

1. Da ausência de fornecimento dos medicamentos dispensados;
2. Busca por medicamentos que não estejam incorporados pelo SUS;
3. Procura por medicamentos não registrados pela ANVISA;
4. Pedidos por medicamentos de alto custo e
5. Solicitações de procedimentos médicos e exames.

É provável que a ausência de medicamentos dispensados, mas que não estejam nas Unidades de Saúde ou nos estoques públicos, tenha sido agravada, não só em razão da crise financeira pela qual o Estado vem passan-

² Segundo a CONITEC, os *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)* são documentos que visam garantir o melhor cuidado à saúde do paciente ou usuário do SUS. São os documentos oficiais do Ministério da Saúde que estabelecem para várias doenças como devem ser feitos o diagnóstico, o tratamento (com critérios de inclusão e exclusão definidos) e o acompanhamento dos pacientes. Atualmente, existem três Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados em 2010, 2013 e 2014, respectivamente, e um, específico para oncologia. (CONITEC, 2014).

do como também por uma presumível má gestão dos recursos públicos destinados a este fim.

A alegada impossibilidade, pelo Estado, no fornecimento dos fármacos que não sejam incorporados pelo SUS, o argumento consiste no fato de que passam por uma rigorosa análise de segurança, eficácia e qualidade terapêuticas, consoantes às patologias e agravos predominantes e às peculiaridades regionais, mediante avaliação prévia da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) no SUS.

No entanto, verifica-se falta de racionalidade no sistema. Certamente seria mais barato se fosse dada maior relevância ao número de demandas judiciais em relação a medicamentos que são considerados mais eficientes por toda a comunidade médica. Nem sempre o medicamento dispensado é o mais eficiente, e a quantidade de demandas por determinado fármaco pode ser considerada um fator indicativo de que há um consenso entre a sociedade médica sobre a eficiência do fármaco.

Não se pode negar que incorporar um medicamento gera aumento de custo para a Administração Pública. No entanto, a existência de um estudo, em consonância com a eficiência do fármaco, permitiria a previsão orçamentária, evitando-se que haja a judicialização de um número inestimável de demandas.

Portanto, quando o medicamento não está incorporado, certamente ensejará um enorme gasto para a Administração, pois além de ser obrigada a fornecer o medicamento, arcará com as custas do processo.

Existe diferença no entendimento a respeito da “integralidade” para o SUS e para os Tribunais julgadores dos pedidos de fornecimento de medicamento, não incorporado pelo SUS, ainda que o seu tratamento já esteja contemplado no Sistema com a oferta de outra alternativa terapêutica. (VIEIRA, 2008, p. 366).

O governo, ao definir os medicamentos para tratamentos de doenças em seus programas de assistência farmacêutica, se utiliza de critérios cientificamente aceitos e isso revela o seu compromisso com a formulação de políticas adequadas, que constituem o meio disposto pela Constituição para assegurar este direito. Para tanto, precisa considerar todas as necessidades de saúde da população e estabelecer políticas que possam ser financiadas pelo Estado, por meio da sociedade (VIEIRA, 2008, p. 366).

No que diz respeito aos pedidos de medicamentos, não previstos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)³ incorporados

³ Segundo o Ministério da Saúde, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são documentos que estabelecem critérios para:

a.o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde;

b.o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber;

c.as posologias recomendadas;

pelo Ministério da Saúde, cabe destacar que em 2014, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, na promoção dos interesses de uma paciente portadora de GLAUCOMA CRONICO BILATERAL, CID H 40.1, ajuizou ação de obrigação de fazer, com pedido de antecipação de tutela, em face do Estado do Rio de Janeiro e do Município de Nilópolis (autos do processo de número 0015099-09.2014.8.19.0036), distribuído em 25 de agosto de 2014, pleiteando o fornecimento dos medicamentos:

1. AZORGA COLÍRIO 5m1, 01 gota, 2 vezes ao dia, uso contínuo;
5. GLAUB COLÍRIO 5m1, 01 gota, 1 vez à noite, uso contínuo;
6. OPTIVE COLÍRIO 15m1, 01 gota, 3 vezes ao dia, uso contínuo.

O Estado, em sua defesa preliminar, afirmou que os compostos do colírio AZORGA são: BRINZOLAMIDA + MALEATO DE TIMOLOL e do GLAUB é o TARTARATO DE BRIMONIDINA e que não fornece gratuitamente a associação medicamentosa BRINZOLAMIDA + MALEATO DE TIMOLOL, mas esclareceu que são fornecidos de modo dissociado para o tratamento do glaucoma, pelo SUS, através do CEAF, que fornece o colírio Brinzolamidaio mg/ml, e do Componente Básico de Assistência Farmacêutica (CBAF), que fornece colírio Maleato de Timolol 5 mg/ml, e ainda que o CEAF fornece, para o tratamento do glaucoma, o medicamento Brimonidinaio mg/ml, recomendando a substituição dos medicamentos BRINZOLAMIDA + MALEATO DE TIMOLOL; TARTARATO DE BRIMONIDINA e CARBOXIMETILCELULOSE SÓDICA, pelos medicamentos similares, com idêntica eficácia terapêutica, os quais são disponibilizados pela rede pública de saúde para o tratamento da enfermidade que acomete a parte autora (Glaucoma).

O Município de Nilópolis baseou-se nos Princípios da Reserva do Possível, da Igualdade e da Razoabilidade, bem como a incidência do crime de Responsabilidade, por Inobservância da Normas sobre Despesa Pública, além da obrigatoriedade de descentralização.

A sentença de Primeira Instância julgou procedente o pedido, confirmando os efeitos da antecipação da tutela concedida, para condenar os Réus, solidariamente, a fornecerem à parte autora os medicamentos indicados na inicial, ou outros que a mesma venha a necessitar, no curso do tratamento da doença mencionada na inicial, mediante solicitação médica, na quantidade prescrita, por tempo indeterminado, observando aqueles aprovados pelo Conselho Federal e Regional de Medicina.

d.os mecanismos de controle clínico; e o e.acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS. Devem ser baseados em evidência científica e considerar critérios de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade das tecnologias recomendadas. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

O Estado do Rio de Janeiro apelou da sentença, e a decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro realizou julgamento monocrático por tratar-se de recurso que veiculou a questão já conhecida no âmbito daquele Tribunal, cuja solução possui parâmetros delineados pela jurisprudência.

O relator, Desembargador Antônio Iloízio Barros Bastos, da Quarta Câmara Cível, negou seguimento ao recurso, mantendo a sentença *a quo*, em sua íntegra, ao argumento de que a lista de medicamentos disponível no SUS não é exaustiva e que os artigos 19-M a 19-R da Lei nº 8.080/90, introduzidos pela Lei nº 12.401/11, não vedam a ministração de medicamentos diversos dos constantes em protocolos clínicos do SUS.

O julgador esclarece que as listas são apenas uma orientação na prescrição e abastecimento dos medicamentos, sendo o médico que acompanha o paciente a pessoa capaz de eleger qual o melhor medicamento a tratar a doença apresentada, não se podendo impor ao profissional da saúde a prescrição de determinados medicamentos, devendo ser levada em consideração a evolução tecnológica destes e que uma legislação infraconstitucional não pode limitar uma garantia constitucional.

Inconformada com a decisão, a Procuradoria do Estado interpôs Recurso Especial, e a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou o Recurso Especial 1.657.156, da relatoria do ministro Benedito Gonçalves, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos.

Assim, foi determinada a suspensão, em todo o território nacional, dos processos pendentes, individuais e coletivos, que versem sobre a questão ora afetada (art. 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil).

O acórdão versa sobre questão consistente na discussão a respeito da obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.577/06, do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais), sendo esta já substituída, integralmente, pela Portaria 2.982/09, remanescendo, contudo, a situação fática e a questão controvertida.

Trata-se de decisão publicada no DJ, do dia 03 de maio de 2017, que considerou a matéria repetitiva, por haver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito.

Por mais que a decisão *supra* tenha respaldo legal, é certo que gerou grande impacto nos demais pedidos de medicamentos não dispensados, embora sejam necessários para assegurar a saúde da pessoa que os pleiteia, uma vez que os julgadores, de Primeira e de Segunda Instância, tiveram que suspender o andamento de todos os processos que versassem sobre o tema.

Ainda que haja a possibilidade de utilização do pedido de tutela de urgência com respaldo no art. 314, CPC, o qual permite em casos de atos urgentes com o objetivo de evitar dano irreparável ou de difícil reparação, o juiz possa praticar atos processuais, é certo que, tal posicionamento da E. Corte afetou um grande número de pessoas, que demandam por medicamentos não previstos nos Protocolos Clínicos do SUS.

A lentidão no andamento processual é um fator agravante haja vista que, até o mês de abril de 2018, a questão ainda não tinha sido resolvida, ou seja, quase um ano depois da decisão de suspensão dos processos, individuais ou coletivos, que versem sobre o tema, e os mesmos ainda permaneceram pendentes de julgamento.

Somente no dia 04 de maio de 2018, foi publicado o acórdão da relatoria do Min. Benedito Gonçalves, negando provimento ao Recurso Especial do Estado, afirmando ser possível o fornecimento de medicamento não constante nas listas do SUS à pessoa hipossuficiente que demonstre sua imperiosa necessidade para o tratamento.

O julgamento no STJ, do REsp. 1.657.156 estabelece que, constitui obrigação do Poder Público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os requisitos fixados neste julgado, a saber:

I - Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

II - Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e

III - Existência de registro na ANVISA do medicamento. (STJ, REsp. 1.657.156. Relator Min. Benedito Gonçalves. Órgão Julgador: Primeira Seção. Data do Julgamento: 26.jun.2017. Data da Publicação / fonte: DJe 03.maio.2017)

No entanto, foi realizada a modulação dos efeitos desta decisão, no sentido de que os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento, alcançando exclusivamente o fornecimento de medicamento, previsto no inciso I, do art. 19-M da *Lei n° 8.080/90*, excluindo-se as hipóteses do inciso II, que trata de procedimentos terapêuticos, como, por exemplo, internações.

Outro caso emblemático se deu perante o STF durante o julgamento dos Recursos Extraordinários RE 657.718/MG, de 17/11/2011 com a solicitação de fármaco não registrado junto à ANVISA e o RE 566.471/RN, de 15/11/2007, que pleiteava uso de medicamento de alto custo, respectivamente, ambos com a repercussão geral já reconhecida.

O RE 566.471/RN, que se deu em razão de decisão desfavorável ao Município e ao Estado do Rio Grande do Norte, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação dos efeitos da tutela para que o Estado forneça à portadora de miocardiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar, sendo necessário o uso contínuo do Sildenafil (viagra) no tratamento da hipertensão pulmonar, na posologia de três comprimidos por dia, em razão de paciente idosa diagnosticada com miocardia isquêmica e hiper-

tensão arterial pulmonar, que na época custavam em torno de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Nos autos, do processo de origem (0030676-86.2006.8.20.0001), verifica-se que por não ter condições financeiras para arcar com o custo dos medicamentos, a autora vinha recebendo gratuitamente o medicamento sildenafil 50 mg, sendo devidamente atendida e de forma regular pela UNICAT, desde abril de 2006, quando iniciou o tratamento de hipertensão pulmonar e que, a partir de 19 de julho de 2006, a UNICAT suspendeu a distribuição do referido medicamento, sob o argumento de que em decorrência de seu alto custo a distribuição da medicação não seria mais possível.

Conforme DJe nº 133/2019, edição extra, divulgado em 17 de junho de 2019, foi incluído no calendário de julgamento pelo Presidente com data de julgamento prevista para o dia 23 de outubro de 2019.

Em relação ao RE 657.718/MG, este se deu no julgamento de ação de obrigação de fazer, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais em 2009, em face do Estado de Minas Gerais (autos do processo 5670173-16.2009.8.13.01451), cuja assistida da DPE, portadora de "doença renal crônica", estando em tratamento com hemodiálise, há 14 anos, mas quando do ajuizamento da demanda, a síndrome já havia evoluído para hiperparatireoidismo severo, doença secundária à doença renal, hiperfosfatemia e hipercalcemia, não resolvidas com quelantes de fósforo e vitamina O, tendo sido prescrito o medicamento Mjmpara 30 mg (Cinacalcet), medicamento este cujo valor, atualmente, gira em torno de R\$ 800,00 (oitocentos reais) a caixa com 30 comprimidos.

À época do pedido de fornecimento do medicamento supra, sequer era registrado na ANVISA, o que embasava a justificativa do não fornecimento pelo Estado de um medicamento de comercialização proibida. Contudo, em 2013, houve o registro.

Em razão do falecimento da requerente, o processo chegou a ser julgado extinto e, em sede de agravo regimental, a Defensoria Pública da União pleiteou a continuidade do julgamento em virtude da relevância da matéria.

Em sessão de julgamento no plenário ocorrida na data do dia 22 de maio de 2019, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio o qual votou argumentando que o Estado só pode ser compelido a fornecer medicamentos registrados perante a agência reguladora.

Os ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, acompanhados pelos Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, votaram no sentido de que se faz necessário prévio registro na ANVISA para que o Estado seja compelido a fornecer determinado medicamento e que o magistrado, nesses casos, estaria limitado a determinar a avaliação do pedido de registro pela ANVISA no prazo da Lei 13.411/16, a qual alterou o art. 12, parágrafo 3º da Lei nº 6.360, ou

seja, que o registro será concedido no prazo máximo de noventa dias, a contar da data de protocolo do requerimento.

Por conseguinte, excepcionalmente, apenas após ultrapassado esse prazo o pedido poderá ser deferido pelo julgador nos casos de doenças rara ou ultrarraras.

Já o Ministro Edson Fachin defendeu a tese de que o estado tem que fornecer fármacos ao cidadão. No entanto, cabe ao Poder Público a fixação de parâmetros para assegurar esse direito.

Foi fixada ainda a responsabilidade solidária dos entes federativos nas demandas de saúde que almejem tanto o fornecimento de medicamentos quanto o custeio de tratamento médico adequado, sendo de competência do magistrado direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, a exceção das demandas pelo fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa, as quais deverão necessariamente ser propostas em face da União, no entanto, sem exclusividade (STF, Informativo 941), ou seja, a União deve figurar no polo passivo, podendo os demais entes federativos nele serem incluídos.

Desta forma, percebe-se que tanto o STJ quanto o STF fixaram parâmetros que servirão para conduzir as demandas de saúde.

Assim, nas demandas de saúde devem ser preenchidos os requisitos do STJ e do STF, sendo que ambos entenderam pela necessidade do medicamento estar registrado junto à ANVISA, o que exclui medicamentos experimentais, tendo a Suprema Corte excepcionado os casos de mora no registro de medicamento órfão, ou seja, aquele que é utilizado no tratamento de doença rara; da existência de registro em renomada agência de regulação no exterior e ainda que inexistam substitutos terapêuticos registrados no Brasil, sendo exigido pelo STJ, cumulativamente, laudo médico que ateste a imprescindibilidade do medicamento, a ineficácia dos medicamentos dispensados pelo SUS para o tratamento da doença, além da incapacidade financeira do requerente em arcar com o custo do medicamento prescrito.

Portanto, é inegável o impacto das decisões das Cortes superiores nas demandas por medicamentos, devendo-se atentar ao fato de que o RE 657.718/MG foi julgado em Plenário do Supremo Tribunal Federal, limitando assim a responsabilidade do Estado que antes era demandada de forma irrestrita e ilimitada.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou realizar uma análise a respeito dos limites da responsabilidade do Estado no fornecimento dos medicamentos não dispensados pelo SUS, apresentando alguns entendimentos dos Tribunais Superiores a sobre o tema, passando, previamente, por uma abordagem sobre os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas para o fornecimento de medicamentos em razão de serem documentos que estabelecem critérios para o diagnóstico da doença ou do agravamento à saúde; o tratamento preconizado,

com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

A ausência de fornecimento dos medicamentos dispensados, a busca por medicamentos que não estejam incorporados pelo SUS, a procura por medicamentos não registrados pela ANVISA, os pedidos por medicamentos de alto custo e ainda as solicitações de procedimentos médicos e exames podem ser considerados como os principais motivos que podem ocasionar a judicialização.

Em 04 de maio de 2018, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 1.657.156, da relatoria do Min. Benedito Gonçalves, entendeu pela possibilidade do fornecimento de medicamento não constante nas listas do SUS à pessoa hipossuficiente que demonstre sua imperiosa necessidade para o tratamento, impondo ao Poder Público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, a comprovação, por meio de laudo médico da imprescindibilidade do medicamento e a ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; a incapacidade financeira do requerente em custear o medicamento prescrito; e a existência de registro na ANVISA do medicamento solicitado tendo ainda modulando os efeitos da decisão para alcançar apenas os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do julgamento.

Posteriormente, foram abordados dois importantes temas que chegaram ao Supremo Tribunal Federal: o RE 566.471/RN que versa a respeito de solicitação de medicamento de alto custo, o que será decidido pela Suprema Corte em julgamento previsto para o dia 23 de outubro de 2019 e ainda o RE 657.718/MG apresentando o requerimento de fármaco não registrado junto à ANVISA.

Neste último, entendeu-se, por maioria, que se faz necessário prévio registro na ANVISA para que o Estado seja incumbido de fornecer o medicamento, estando o magistrado, nesses casos, cingido a determinar a avaliação do pedido de registro pela ANVISA e apenas após o prazo de resposta da ANVISA, poderia deferir o pedido, em especial nos casos de doenças rara ou ultrarraras.

Além disso, foi ratificada a responsabilidade solidária dos entes federativos nas demandas de saúde que almejem o fornecimento de medicamentos e o custeio de tratamento médico adequado, sendo de competência do magistrado direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

No caso das demandas pelo fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa, estas deverão necessariamente ser propostas em face da União, sem exclusividade, podendo os demais entes federativos nele serem incluídos.

Desta forma, percebe-se o início da formulação de entendimentos a serem seguidas pelos julgadores no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, estabelecendo limites à uma responsabilidade que inicialmente era considerada ilimitada em razão de se estar diante de um direito social fundamental, mas que não deixa de apresentar importância em virtude dos excessos que se possa exigir nas prestações de saúde.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos. Novas institucionalidades para a solução de conflitos em saúde. In *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. Coord. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarisse Seixas. São Paulo, 2017.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional, In: *Constitucionalismo Discursivo*, trad. Luís Afonso Heck, 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARAÚJO, Luís Claudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 3, n. 1. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014.

ASCOM. ANVISA. Registro de medicamentos: entenda o passo-a-passo para que um novo produto seja liberado pela Anvisa. Brasília, 2015 Disponível em <<http://portal.anvisa.gov.br/noticias>>. Acesso em 27 mai. 2019, 22:14:30.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Decreto 3.029. Regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Diário Oficial da União, Brasília, 19 de abril de 1999.

BRASIL. Lei 13.105. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, data da publicação 11 de janeiro de 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Hospitalar e de Urgência. Manual de implantação e implementação: núcleo interno de regulação para Hospitais Gerais e Especiali-

zados/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Hospitalar e de Urgência. – Brasília: Ministério da Saúde, 2017.

BRASIL. Relação nacional de medicamentos essenciais: Rename / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. 5. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/renome/renome_2006_5ed.pdf>. Acesso em 22 abr. 2019, 22:08:19.

CASTRO, Claudia Garcia Serpa Osório de. coord. Estudos de utilização de medicamentos: noções básicas. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2000. 92 p. ISBN 85-85676-89-2. Disponível em <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 17 mai. 2017, 23:08:10.

CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Brasil, 2014. Disponível em <http://conitec.gov.br/protocolo-clinico#PCDT>. Acesso em 25 ago. 2019, 22:18:08.

FARMACEUTICAS. Curso de Pesquisa Clínica. A carreira do farmacêutico na pesquisa clínica. São Paulo, 2015. Disponível em <http://www.farmaceuticas.com.br/tag/curso-de-pesquisa-clinica/>. Acesso em 20 abr. 2019, 21:10:10.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT. Brasília, 2015. Disponível em <http://www.saude.gov.br/protocolos-e-diretrizes>. Acesso em 25 set. 2019, 23:19:15.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos – 5. ed. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. Gerência Técnica de Assistência Farmacêutica. Relação Nacional De Medicamentos Essenciais – RENAME. Brasília: 2001.

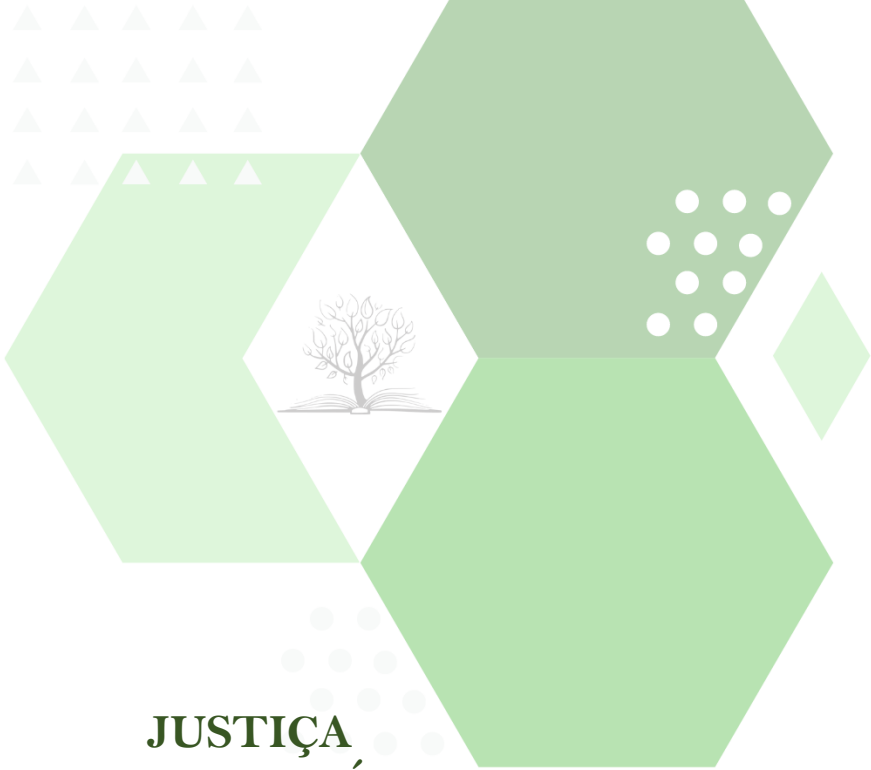
OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. OMS atualiza Lista de Medicamentos Essenciais com novas recomendações sobre uso de antibióticos. Brasil, 2017. Disponível em <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5432:oms-atualiza-lista-de-medicamentos-essenciais-com-novas-recomendacoes-sobre-uso-de-antibioticos-e-adicionamedicamentos-para-hepatite-c-hiv-tuberculose-e-cancer&Itemid=838>. Acesso em 27 mai. 2019, 22:10:00.

REDIGUIERI, Carolina Fracalossi; DIAS, Alessandra Paixão; GRADIM, Mariana Marins. Registro de medicamentos novos. Disponível em

http://www.medicinanet.com.br/conteudos/revisoes/6065/registro_de_medicamentos_novos.htm. Acesso em 06 jun. 2019, 11:15:07.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 42, n. 2, p. 365-369, abr. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102008000200025&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 03 mai. 2019, 00:20:09.

Eixo temático 11



**JUSTIÇA
TRIBUTÁRIA,
ORÇAMENTO E DEMOCRACIA**

A DEMOCRACIA FISCAL

Mônica Gonçalves Aderne Freitas

Doutoranda do Programa de Pós graduação Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Sociais e Jurídicas pela UFF. Professora Assistente - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

RESUMO

Com o presente trabalho se pretende demonstrar os traços distintivos da Democracia Deliberativa e a importância de se assegurar a manutenção desses valores também na construção de políticas fiscais, de modo a assegurar que seu exercício esteja comprometido e ordenado como um meio de instrumentalizar a igualdade e a liberdade, de forma a garantir que a participação da sociedade civil ocorra de forma plena, inclusive, com a escolha dos meios pelos quais a arrecadação fiscal pode proporcionar uma melhor redistribuição de renda e distribuição de serviços públicos, em exercício pleno de uma democracia fiscal, na qual a ação fiscal esteja para além dos limites exclusivos da arrecadação.

Palavras Chave: Democracia Deliberativa. Participação popular. Política Fiscal. Democracia Fiscal

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente análise é confirmar que a escolha do regime político da democracia, enquanto regime deliberativo, no qual existam procedimentos aptos a integrar a vontade da sociedade civil ao poder estabelecido, deve interferir também na formação das bases de uma política fiscal, de modo a definir não só sobre quais estruturas valorativas deve ser a mesma erguida, como também o seu papel instrumental na realização do ideal democrático

Para se adentrar no tema será feita uma abordagem inicial sobre as concepções de teóricos liberais sociais como Habermas, Cohen e Rawls acerca das características de uma democracia deliberativa, com a finalidade precípua de demonstrar os seus traços distintivos quando comparada à democracia meramente participativa, destacando os meios pelos quais os referidos autores vislumbram a possibilidade de que os atores sociais tenham real influência na tomada de decisões do poder constituído.

O objetivo perseguido com essa primeira abordagem está em se definir valores comuns que, sob todas as óticas, devem estar presentes em uma democracia deliberativa, tais como a efetiva participação da sociedade na definição de políticas públicas a serem realizadas, a garantia de direitos iguais

de participação e a liberdade de escolhas, que somente poderão se consumir a partir de condições sociais básicas a serem asseguradas a todos os integrantes do grupo.

A partir da definição dos valores indissociáveis e ínsitos à democracia deliberativa, passa-se a analisar de que forma tais valores devem influenciar na definição da política fiscal de uma sociedade, tomando-se como referencial teórico a *Teoria da Justiça* de John Rawls, com a finalidade de demonstrar que a sociedade equitativa e justa por ele idealizada está baseada na efetiva representatividade de cidadãos livres e iguais, tal como definido nas bases da democracia deliberativa analisada preteritamente.

O método utilizado é o jurídico pela revisão bibliográfica dos autores mencionados no estado da arte, que proporcionará a obtenção dos conceitos e traços distintivos da democracia deliberativa para a construção das bases principiológicas da democracia fiscal.

Por fim, pretende-se concluir pela confirmação da hipótese levantada para que fique demonstrado que a democracia fiscal, ou seja, a construção de uma política fiscal estabelecida sobre os valores da igualdade e liberdade, são indissociáveis da estrutura de uma sociedade, cujo regime jurídico, é o da democracia deliberativa.

1. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E A FORMAÇÃO DA VONTADE COLETIVA

O tema é dotado de uma profunda densidade argumentativa que transita entre os diversos aspectos filosóficos, políticos e sociológicos, por isso, cabe, de início, traçar sob qual aspecto será enfrentada a questão relativa as expectativas existentes em torno da consolidação de uma democracia deliberativa.

O aspecto normativo não será considerado nessa abordagem, que trará para a reflexão as concepções traçadas, de forma sucinta, de teóricos liberais sociais como Habermas, Rawls e Joshua Cohen, construídas a partir da percepção de que os regime democráticos devem estar dispostos e aparelhados de forma a assegurar a deliberação pública dos múltiplos interesses na busca da construção de uma igualdade substantiva.

O conceito de democracia discursiva ou deliberativa para Habermas deve ser construído para além da participação pela via do voto, considerando a sua importante missão como instrumento viabilizador da penetração da esfera pública na formação da vontade política, razão pela qual condiciona a legitimidade democrática a existência de procedimentos comunicativos que sejam capazes de assegurar a formação de uma base racional apta a amparar a tomada de decisões e administração do poder do Estado, fixando, assim, no processo de política deliberativa o seu âmago.

O voto, enquanto instrumento de equidade na participação na formação do compromisso de interesses, realizaria o processo democrático apenas na perspectiva liberal, já que na percepção republicana a formação democrática da vontade deveria estar calcada em um prévio entendimento ético-político, decorrente de um consenso entre os sujeitos privados dentro de uma pré-compreensão social integradora.

Pela teoria do discurso, o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal. A procedimentalização da soberania popular e à ligação do sistema político as redes periféricas da esfera pública política implicam a imagem de uma sociedade descentrada. (HABERMAS, p. 21)

A opinião pública surgiria como uma estrutura comunicativa que seria sensível aos problemas sociais, transformando-se em poder comunicativo que, pelos procedimentos democráticos, não poderia determinar o funcionamento de um sistema administrativo, mas poderia sim direcioná-lo.

Para Habermas, somente seria possível se conceber a idéia de política deliberativa a partir da associação entre vontade construída nos espaços institucionais pela via democrática com a opinião informal, oriunda de espaços excluídos dessas instituições. Seria um modelo alternativo de compreender as fronteiras entre a autonomia privada e a autonomia pública, típicas dos modelos liberal e republicano, baseado no princípio procedimental.

A razão comunicativa é aquela que permite o debate das inquietações e problemas do grupo social na esfera pública, de modo que se assegure que a sociedade possa escolher quais os objetivos e as finalidades que deseja construir como esfera de poder.

Para Habermas, com o avanço da modernidade as estruturas de mercado e do Estado passam a sufocar as relações sociais, a razão comunicativa e a personalidade, fazendo-se necessário se estabelecer um novo cenário, no qual a sociedade civil pudesse ter voz e vez. Nesse contexto, surge a Teoria da Ação Comunicativa, pela qual os atores sociais passam a ter um importante papel para a construção de novos debates e consensos acerca dos problemas do mundo da vida.

Para Habermas, era necessário que se assegurasse na esfera de poder, além de um eixo político e de mercado, também um eixo de participação da sociedade civil, pelo qual fosse realizado o processo comunicativo entre o mundo da vida e o mundo dos sistemas, no qual se encontrava o Estado com suas instituições.

A consolidação do debate democrático deve permitir uma participação ativa de organismos da sociedade civil, não diretamente vinculado as instituições de poder, seguindo regras mínimas de ação comunicativa no enfrentamento das diversas questões que envolvem a sociedade nesse período de *pós modernidade* globalizada, de modo que as referidas instituições possam tomar as decisões vinculantes a todos dentro de um cenário de intensos debates públicos.

Assim, a esfera pública representaria um canal por meio do qual seria possível o exercício de uma cidadania ativa com a efetiva concretização de uma democracia verdadeiramente deliberativa.

Em sua obra "Direito e Democracia", Habermas reconstrói o seu modelo de esfera pública para não mais compreendê-la para fora da estrutura do Estado, mas passa a defender que o próprio Estado deve assegurar meios para que essa esfera pública esteja insita em suas próprias instituições.

Para Cohen, a democracia, assim como em Habermas, não deve se exaurir no esgotamento do processo decisório eleitoral, mas deve viabilizar a construção de um poder político pautado em processos de discussão orientados pelos princípios da inclusão, do pluralismo, da igualdade participativa, da autonomia e do bem comum (COHEN, 1997).

Cohen, comentando a noção de democracia deliberativa em Habermas considera:

uma democracia deliberativa está ligada ao ideal intuitivo de uma associação democrática, na qual a justificação dos termos e condições da associação precedem através de argumentos políticos e do raciocínio entre os cidadãos que compartilham um compromisso para a solução dos problemas de escolha coletiva através do raciocínio entre os cidadãos iguais. Cidadãos que compartilham um compromisso para a solução dos problemas de escolha coletiva através do raciocínio público e consideram as instituições fundamentais como legítimas, na medida em que eles estabelecem a moldura para a deliberação pública livre. (COHEN, 1998, p.21)

A diferenciação entre Cohen e Habermas está no fato de que Cohen considera não só necessário assegurar a participação da sociedade civil nos debates na formação dos objetivos políticos, mas também identificar como essas deliberações irão ocorrer e o porquê as mesmas constituem arranjos sociais e políticos.

Passa-se, assim, pela questão da inclusão deliberativa, assegurando-se aos cidadãos igualdade nas escolhas na construção do bem comum, de modo que a liberdade e a igualdade dos participantes sejam objetivos da democracia, que estaria configurada como:

Estrutura de condições sociais e institucionais que facilita a discussão livre entre cidadãos iguais - proporcionando condições favoráveis de

participação, associação e expressão - e vincula a autorização para exercer o poder público (e o poder de exercício) e essa discussão - estabelecendo uma estrutura que lhe assegure responsividade e accountability do poder político por meio de eleições competitivas regulares, condições e publicidade, supervisão legislativa e assim por diante. (COHEN, 2007, p. 122)

Cohen comenta a ação comunicativa de Habermas considera que a realização da democracia a partir de uma interação comunicativa de grupos de cidadãos em um modelo estranho as rotinas institucionais, apenas como sensores da atividades pública e estranhos as esferas de poder, sem uma agenda pública, apresenta pouca efetividade na solução de questões públicas.

Cohen afirma que a efetiva participação apenas ocorre quando o poder público reconheça a todos os cidadãos direitos iguais, não só de voto, mas de associação, de expressão política, do direito de ser eleito, criando, assim, a tese de que seria possível uma Poliarquia Diretamente Deliberativa.

A idéia é que na Poliarquia os debates ocorressem mediante deliberações públicas em arenas abertas aos cidadãos, nas quais aqueles usuários dos serviços públicos pudessem se manifestar, de modo que as decisões fossem tomadas valorizando questões locais relativas ao conhecimento e cultura que poderiam contribuir significativamente não só para a resolução mais efetiva de problemas pontuais, como para fortalecer os laços de confiança entre os representantes e representados.

Outra questão que deveria ser aplicada é a criação de unidade locais que pudessem tomar decisões a partir de uma coordenação deliberativa oriunda da troca de experiências entre outras unidades locais, de forma a proporcionar uma disseminação de experiências.

Assim, na PDD o trabalho do Legislativo seria o de dar poder e facilitar a solução dos problemas pelas arenas deliberativas, com o objetivo de se alcançar de forma mais efetiva a solução das questões de saúde, ambientais, de educação, considerando não só as realidades locais, como a troca de experiências.

Nesse ponto encontra-se a divergência entre a concepção da democracia radicalizada de Habermas e da esfera pública desenhada por Cohen, para quem a discussão da sociedade civil não pode ocorrer de forma livre e dispersa, mas deve ter sua estrutura inserida nas instituições do Estado, como no caso das arenas públicas vinculadas ao Legislativo por agências administrativas, para que, então, realmente o debate público possa chegar as esferas de poder.

Cohen considera que a concepção de esfera pública de Habermas não serve para transformar e alargar o escopo das instituições nas democracias modernas, mas apenas tem utilidade como fonte de defesa possível contra sua erosão (COHEN, 1997, p. 338).

Passando a comparar as concepções de democracia em Habermas e em John Rawls, identifica-se que o primeiro tem uma discussão meramente teórica sem perspectivas práticas, enquanto Rawls busca por meio de concepção entre o que é bom e justo, compor diretrizes para proporcionar uma sociedade mais equitativa, com participação igual para todos.

RAWLS coloca a justiça como a primeira virtude das instituições sociais, por essa razão em uma sociedade bem estruturada as instituições devem ser eficientes e bem organizadas, de modo a possibilitar o exercício das liberdades iguais, que não estarão sujeitas a qualquer negociação, ainda, que se identifique um grande número de beneficiados com essa situação.

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega a perda de liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos.(RAWLS, 2008, p.4)

A sociedade para que possa ser considerada bem ordenada, além de ser regida por normas que especifiquem um sistema de cooperação criado para promover o bem de todos os seus membros, deve ser regida por princípios de justiça aceitos por todos e que sirvam de base para o funcionamento das instituições públicas, que devem ser capazes de promover uma organização social que defina a divisão de vantagens da cooperação social e sele um acordo entre as parcelas distributivas apropriadas.

Assim as instituições serão justas quando não sejam feitas distinções arbitrárias entre as pessoas na divisão de direitos e deveres fundamentais e quando as leis estejam dispostas de forma a equilibrar as reivindicações da vida social que sejam conflitantes entre si, de modo a destacar que as similaridades e diferenças entre as pessoas são importantes na atribuição de direitos e deveres, de forma a evitar frustrações graves de expectativas e de fortalecer os laços de cooperação social.

A justiça a que RAWLS se propõe a sistematizar é a justiça social que deverá ser proporcionada pela estrutura básica da sociedade, ou mais especificamente pelo modo como as principais instituições sociais distribuem direitos e deveres e as vantagens da cooperação social, disciplinando todo o plano de vida de seus membros, por meio dos principais arranjos sociais, políticos e econômicos.

A estrutura básica é o principal objeto da justiça porque as conseqüências são profundas e estão presentes desde o início. Aqui a ideia intuitiva é que essa estrutura contém várias posições sociais e que as pessoas nascidas em condições diferentes tem expectativas diferentes de vida, determinadas, em parte, tanto pelo sistema político quanto pelas circunstâncias econômicas e sociais. Assim, as instituições da sociedade favorecem certos pontos de partida mais que outros. Essas são desi-

gualdades muito profundas. Além das universais, atingem as oportunidades iniciais de vida; contudo, não podem ser justificadas recorrendo-se à ideia de mérito. É a essas desigualdades, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que se devem aplicar em primeiro lugar os princípios da justiça social. Esses princípios, então, regem, a escolha de uma constituição política e os elementos principais do sistema econômico e social. (RAWLS, 2008, p.08-09)

Por essas razões, RAWLS considera que a construção de uma sociedade bem ordenada está diretamente relacionada à capacidade das instituições presentes na estrutura básica de conseguirem promover arranjos sociais e econômicos que consigam superar as diferenças que por serem naturais são arbitrárias. Devem estar preparadas, desta forma, para buscar um meio de promover a distribuição de bens escassos para que todos possam, a partir de uma garantia de um mínimo social, viver em condições equitativas de liberdade e igualdade

Veja-se que tanto em Habermas, como em Cohen ou em Rawls a democracia é concebida a partir da efetiva participação dos atores sociais, que deverão contribuir para a formação da vontade política que, em uma análise mais objetiva, deve estar apta a promover o bem comum, proporcionando, em igualdade de condições e com liberdade de escolha, o destino do grupo social.

2. A DEMOCRACIA FISCAL

Dentro da perspectiva de que a democracia não se exaure com a observância de uma participação formal, levada a termo por um processo eleitoral e que sua realização plena está condicionada à criação de mecanismos que viabilizem a participação efetiva do grupo social nas esferas decisivas de poder, se passará a observar as implicações dessa premissa para as relações jurídicas fiscais estabelecidas pelo Poder Público dentro de uma sociedade democrática.

O objetivo de fundo que justifica todas as teses trazidas pelos teóricos mencionados nesse trabalho está em se alcançar um regime político que seja capaz de assegurar igualdade aos atores sociais para que possuam liberdade de escolher e de participar dos destinos da sociedade na qual estão inseridos.

Essa igualdade e liberdade dentro das relações jurídicas fiscais se manifestará pela garantia da proteção a propriedade privada e a livre iniciativa, por meio da instituição e manutenção de políticas fiscais que assegurem a razoabilidade da tributação e o respeito a capacidade contributiva.

Por essa razão, a consolidação da democracia ocorrerá para além dos limites do voto, estendendo-se para a concretização de uma sociedade pautada na liberdade e igualdade de seu povo, que deve nortear a

atuação política, econômica e social das sociedades ditas democrática, como é o caso da República Federativa do Brasil.

Na Carta Constitucional de 1988 de nosso país, esses valores democráticos estão diretamente representados pela associação dos princípios da livre iniciativa, como um pilar da política econômica do país e pelo compromisso de se preservar o valor da dignidade da vida humana, que deve ser obtida pela implementação de políticas que permitam a diminuição das desigualdades sociais e regionais e por meio de planos nacionais de desenvolvimento regionais.

Nesse cenário, a política fiscal surge com uma função instrumental importante de criar meios redistributivos que permitam, associando valores como a liberdade e a igualdade, proporcionar um regime distribuidor da maior parte possível dos bens de produção, reduzindo a concentração que degrada o crescimento equitativo.

A democracia fiscal surge assim a partir de três bases igualmente importantes e imprescindíveis, a do respeito ao direito fundamental da propriedade e livre iniciativa; a igualdade de sacrifícios entre aqueles sujeitos ao Poder Fiscal e a menor oneração possível do setor produtivo, de modo que a incidência fiscal não funcione como um depreciador do livre iniciativa, que permitirão que o objetivo distributivo se concretize.

Mas para que a democracia fiscal possa ganhar fôlego é imprescindível que se equacione uma agenda progressiva capaz de repelir a influência do poder econômico sobre as decisões políticas, pois, se assim não for, as sociedades serão cada vez mais desiguais e a economia em franco retrocesso, ante o evidente descompasso entre os interesses dos representantes e dos seus eleitores.

Com uma democracia fiscal atuante, será possível se implementar políticas arrecadatórias que gerem recursos capazes de assegurar a todos os requisitos básicos de uma vida decente.

A crescente desigualdade além de aumentar a miséria e gerar a necessidade de novos benefícios sociais, recrudescer a economia, afastando dos mais necessitados o acesso a educação e a informação que permitam uma verdadeira liberdade e igualdade para o exercício da democracia fiscal.

A atividade fiscal, pela teoria de Rawls, está inserida na estrutura básica da sociedade, em um setor por ele denominado de setor de distribuição¹, cujas atribuições estão relacionadas com a cobrança de tributos e

¹ Essa classificação foi feita por Rawls no momento em que descreveu quais eram os setores das chamadas *instituições de fundo*, integrantes da estrutura básica da sociedade, que eram encarregados de preservar certas condições econômicas e sociais que fossem compatíveis com os princípios da justiça. Seriam quatro os setores: o de **alocação** (responsável pelo controle de preços); o de **estabilização** (gerar pleno emprego), o de **transferências** (responsável por

com os ajustes necessários ao exercício do direito de propriedade, de modo a proporcionar uma melhor distribuição de riquezas e de redução das desigualdades sociais, o que poderia se dar tanto pela imposição de vários impostos sobre heranças e doações, como por restrições a esse direito.

A finalidade desses tributos e normas não é aumentar a receita (liberar recursos para o governo), mas corrigir, gradual e concomitantemente, a distribuição de riqueza e impedir concentrações de poder que prejudiquem o valor equitativo da liberdade política e igualdade de oportunidades. (RAWLS, p. 344-345)

Assim é possível afirmar que Rawls condicionou a justiça de uma política fiscal à realização de tais fins, de modo a manter os valores equitativos das liberdades iguais, ou seja, pela teoria da justiça de Rawls, a política fiscal deverá estar comprometida com os fins da equidade, de modo a colaborar com a distribuição de bens e redução das desigualdades que servem de empecilho para a construção da sociedade bem ordenada.

A herança desigual de riquezas é vista como uma desigualdade arbitrária, por isso, deve ser objeto de um controle social para que seja possível atender ao princípio da diferença², por meio da maximização das expectativas dos grupos menos favorecidos.

A associação da tributação das heranças ao princípio da diferença ocorre a partir do questionamento da justiça entre as gerações e da capacidade das instituições públicas realizarem a distribuição de riqueza de tal forma que seja a todos assegurado um mínimo social, não de forma a promover a igualdade de renda de todos, mas sim de possibilitar a expansão das expectativas das gerações futuras dos menos favorecidos.

A redistribuição de renda com a garantia da existência de um mínimo de dignidade social fortalece os laços de solidariedade social, o mesmo ocorrendo, *a contrario sensu*, quando escassas essas provisões mínimas que, certamente, ensejarão a falta de identidade e confiança dos contribuintes na efetividade da aplicação dos valores democráticos nas relações fiscais.

Essa descrença contribui significativamente para o aumento da evasão e da sonegação fiscal, que acabam sendo frutos de uma desconexão existente entre o dever de pagamento de tributos e o reconhecimento pelos seus destinatários da justiça na aplicação dos mesmos.

2.1 Igualdade e a justa distribuição do encargo fiscal

garantir bem-estar social, atendendo as necessidades) e o de **distribuição** (responsável pela distribuição de parcelas por meio da tributação e dos ajustes necessários ao direito de propriedade).

² O princípio da diferença que, em termos gerais, enuncia que as diferenças somente são aceitáveis se favorecerem aos mais necessitados.

Surge, então, a indagação se estariam nos parâmetros de justiça inserir no campo das ações diretas do Estado os serviços que são usufruídos separadamente pelos indivíduos, como o caso de serviços sociais, seguro-desemprego, creches, que apesar de financiados por todos são usufruídos apenas por alguns.

Essa decisão política será tomada considerando-se qual o parâmetro de justiça que será adotado pelas instituições sociais públicas. Se a concepção de justiça está na promoção da maximização do bem que atende o maior número de pessoas, a justiça na repartição do ônus fiscal estará restrita ao financiamento dos bens que sejam capazes de gerar o maior benefício em termos gerais, não sendo relevante a situação de minorias; se o que é pretendido pela instituição pública é assegurar a todos uma estrutura básica que seja capaz de criar condições para que todos usufruam o máximo das liberdades iguais com a garantia de igualdade de oportunidades, a justiça na repartição do ônus fiscal terá como parâmetro o financiamento dos bens que sejam capazes de atender um mínimo essencial para cada um dos membros, estando o bem-estar de cada um vinculado ao bem-estar geral, as minorias são relevantes.

RAWLS trata desta questão dentro da ideia de união social, na qual questiona se a doutrina contratualista seria capaz de gerar realmente uma estrutura satisfatória para harmonizar e interpretar os valores da comunidade na escolha dos arranjos sociais realizados ante a grande diversidade de interesses pessoais e particulares de cada um de seus membros.

Já vimos que, apesar das características individualistas da justiça como equidade, os dois princípios de justiça proporcionam um ponto arqui-mediano para avaliar as instituições existentes, bem como os desejos e as aspirações que geram. Esses critérios propiciam um padrão independente para orientar o rumo das mudanças sociais sem invocar uma confecção perfeccionista ou orgânica da sociedade. Mas parece a questão de saber se a doutrina contratualista é uma estrutura satisfatória para interpretar os valores da comunidade e para escolher dentre os arranjos sociais para realizá-los. (RAWLS, p. 642)

Apesar da adoção da posição original na qual seria possível, pelo véu da ignorância, que os membros de uma sociedade chegassem a um consenso sobre a escolha dos princípios da justiça, RAWLS, reconhece que a sociedade é marcada por uma série de conflitos e divergências que são fruto da pluralidade de concepções existentes, mas acredita que esses desejos particulares, em uma sociedade bem ordenada, não irão impedir a construção racional de uma concepção de bem comum.

Para ele, a racionalidade das pessoas que se encontram na posição original não comportaria a inveja nem o egoísmo, pelo fato da inveja ser considerada como prejudicial para a própria associação, por ensejar, em regra, a

piora da situação de todos e, por isso, representar um obstáculo à concretização dos princípios da justiça.

A concepção de justiça elimina as condições que dão origem a comportamentos destrutivos. Ela é, portanto, inerentemente estável. A suposição da racionalidade mutuamente desinteressada resume-se, portanto, no seguinte: as pessoas que se encontram na posição original tentam reconhecer princípios que promovam seus sistemas de objetivos da melhor forma possível. Para isso, tentam garantir para si mesmas o mais alto índice de bens primários sociais, já que isso lhes possibilita promover sua concepção de bem da maneira mais eficaz, seja qual for essa concepção.³

Com base em tais fundamentos, presume-se que cada um dos indivíduos tem a concepção racional do bem comum, que está relacionado com a promoção dos fins próprios da associação, o que não afasta, no entanto, a identificação de conflitos entre esses membros da organização social que possuem interesses particulares relacionados com as escolhas pessoais de suas vidas e que não necessariamente serão aceitos de forma harmônica pelos demais indivíduos do grupo social.

Assim, pode-se afirmar que a aplicação dos princípios da justiça depende da sociabilidade dos indivíduos. A união social somente estará caracterizada quando as instituições bem sucedidas e justas sejam o fim último compartilhado por todos os membros da sociedade, sendo essas instituições valorizadas por serem bens em si mesmo.

Seria possível, dentro desta perspectiva, se afirmar que o dever de financiamento de ações públicas diretas, como a educação, saúde, assistência social, dentre outras, por meio do pagamento de impostos é um dever de todos, já que a supressão de determinadas mazelas sociais torna os laços de cooperação mais fortes?

Para responder a esse questionamento temos que considerar que a fixação da distribuição do encargo fiscal dependerá do tipo de moralidade política que é adotada pela organização social. Somente, assim, será possível definir se haveria legitimidade para se impor àqueles que não irão desfrutar diretamente das ações públicas diretas o dever de financias-las pelo pagamento de impostos, o que ensejaria uma primeira definição sobre o sentimento coletivo de bem.

Vamos passar então a analisar a questão sob o viés da equidade que será aqui tratada na forma proposta por LIAM MURPHY e THOMAS NAGEL, que dividem o estudo da equidade em equidade vertical, que seria uma exigência da justiça quanto ao tratamento tributário a ser dado para pessoas de rendas diferentes e; em equidade horizontal, como aquele dever de

³ Ibidem, p. 175.

tratamento que deve ser observado entre pessoas que possuam a mesma renda.⁴

Para enfrentar a temática relativa à equidade vertical é proposta a análise da tributação fixa, pela qual cada uma paga o mesmo valor de imposto independentemente de sua renda e que, por isso, parece ser equitativa, no entanto, é uma impressão apenas superficial, já que o cumprimento da equidade está exatamente em possibilitar uma tributação diferenciada para indivíduos que manifestem rendas diferentes, de modo que suportem ônus fiscais proporcionais a seus ganhos.

A forma mais efetiva de se fazer cumprir o princípio da equidade vertical está na observância da capacidade contributiva de cada cidadão, pautada na ideia de tributação pelo talento – quanto maior a riqueza produzida e acumulada maior será a tributação a ser suportada.

O imposto cobrado sobre a renda real pode gerar dois efeitos contrários e igualmente relevantes para a estruturação de um esquema tributário. O primeiro efeito está no estímulo para que as pessoas trabalhem mais ou optem pelo exercício de profissões mais bem pagas, a fim de repor os valores que lhes são suprimidos pelo pagamento dos impostos; o segundo é o chamado efeito de substituição que atua no sentido contrário, desestimulando o trabalho, na medida em que o pagamento dos impostos diminui a recompensa pelo trabalho realizado.

Essa questão do efeito da substituição, no entanto, somente será relevante para uma teoria utilitarista, na qual se exige que cada um faça o que é melhor para o maior número de pessoas, mas não pode ser considerado como relevante para a definição das políticas fiscais que deverão estar orientadas por diversos outros fatores gerais e complementares.

Apesar de ser muito importante criar mecanismos para se garantir distribuição equitativa do ônus fiscal é importante que se observe que a justiça de um esquema fiscal engloba também a aplicação dos recursos arrecadados, ou seja, importa em saber se o governo consegue promover a justiça distributiva.

No tocante a equidade horizontal, enquanto forma de tratamento da divisão do ônus fiscal para pessoas que apresentam uma mesma renda, o problema deve ser enfrentado além da concepção de que as pessoas que tem a mesma renda devem ser tributadas pela mesma alíquota, é importante que seja considerado que a concessão de benefícios fiscais, como as isenções, pode gerar uma desigualdade na arrecadação fiscal entre essas pessoas que não necessariamente será injusta, vai depender do fundamento utilizado para a referida concessão.

⁴ Essas ponderações são feitas pelos autores citados no capítulo 2 da obra *O Mito da Propriedade*, obra já citada, no qual trata dos critérios tradicionais de equidade tributária.

A justiça tributária tem de ser inserida no contexto de uma teoria global da justiça social e dos objetivos legítimos do governo. Sendo assim, não podemos afirmar que o princípio fixo e imutável que as pessoas com a mesma renda ou nível de bem-estar pré-tributário têm de pagar os mesmos impostos.⁵

Por tal razão nem sempre uma tributação diferenciada entre pessoas que possuam a mesma renda estará violando princípios da justiça, o que irá definir a justiça ou injustiça de um tratamento diferenciado é o fundamento da discriminação.

Nas instituições justas a lei tributária deve ser a mesma para todos, devendo ser aplicada da mesma forma, sem selecionar determinadas pessoas para submetê-las a regras particulares, excluindo outras que se encontrem em idêntica condição jurídica. Como visto, a igualdade nos parâmetros de tributação somente será afastada quando a concessão de benefícios fiscais seja realizada para promover a superação de outras diferenças, o que possibilitará a concretização efetiva da isonomia fiscal.

A definição dos critérios para avaliar a igualdade de tratamento fiscal, no entanto, dependerá da consideração dos fins internos (obtenção de receita, promoção do bem-estar social, da justiça distributiva) e de uma medida de justiça (capacidade contributiva), para que seja averiguada se há uma correlação entre as medidas e o fim que se pretende alcançar.

Por tais razões, o direito à igualdade de tratamento fiscal possui limitações em si mesmo, não sendo um princípio técnico e autoaplicável puramente. Sua concretização dependerá sempre de uma relação entre duas situações de fato e uma medida, a qual somente pode ser aplicada de acordo com um fim comparativo específico que irá variar de acordo com o fim perseguido. (ÁVILA, 2004, p.89)

Portanto, a justa distribuição do encargo fiscal deverá ser analisada sob duas óticas relativas, respectivamente, ao dever moral de todos de colaborar, por meio do pagamento de impostos, para a formação de uma estrutura social básica que permita o amplo acesso aos bens primários e que seja capaz de fortalecer os laços de cooperação social; e relativa aos meios utilizados para repartição dessa carga tributária, sem quebrar os parâmetros de isonomia e igualdade entre os indivíduos que fazem parte de uma mesma sociedade.

O grande postulado moral que se encontra como orientador dessas questões está na igualdade de deveres e na igualdade de tratamento fiscal, que somente poderá ser delineado a partir do conhecimento das instituições políticas, econômicas e sociais integrantes da estrutura básica de uma organização estatal.

⁵ MURPHY; NAGEL, *op. cit.*, p. 53-54

2.2. - Justiça distributiva e retributividade e a garantia da liberdade

Uma questão que merece ser enfrentada na busca pelos elementos que devem ser observados nas considerações sobre a preservação dos valores democráticos na política fiscal está em torno de se saber se deve estar inserido nas instituições consideradas justas mecanismos de distribuição de rendas e bens aos menos favorecidos pelo pagamento de impostos e como estão sendo, efetivamente, redistribuídos esses recursos por parte das ações governamentais diretas.

Pela Teoria da Justiça defendida por RAWLS poderiam ser consideradas como justas as instituições que proporcionassem aos indivíduos de uma organização social acesso aos bens primários, que seriam aqueles necessários a todos independentemente dos planos de vida de cada um, de forma a permitir que todos pudessem ter igualdade de oportunidades e máximo de liberdade, a partir de superação de qualquer desigualdade que fosse arbitrária, como as decorrentes do nascimento e da falta de talentos.

Essas instituições previstas na estrutura básica estariam reguladas por uma constituição justa que fosse capaz de garantir liberdades de uma cidadania igual, com liberdade de pensamento e de consciência que garantissem o valor equitativo da liberdade política, que, nessa condição, estaria apta para a escolha do tipo de governo e para produção de uma legislação justa, destinada não só a se preocupar com formas usuais de capital social, mas também em oferecer oportunidades iguais de educação e cultura, que proporcionassem condições iguais de escolha das profissões e de desenvolvimento de diferentes atividades econômicas.

Por último, esse Estado deveria ser capaz de garantir um mínimo social seja pelo intermédio de benefícios familiares, seja por meio de transferências especiais em caso de desemprego e doença, seja mais sistematicamente pela complementação progressiva de renda.

De acordo com RAWLS essas instituições de base se dividiriam em quatro setores que estariam responsáveis por preservar certas atividades econômicas e sociais, cada qual com funções diferentes, divididos em: **setor de alocações**, responsável pelo controle do sistema de preços por meio da garantia da competitividade e impedimento da formação de um poder excessivo de mercado, seja por meio dos impostos ou por meio da concessão de subsídios que adequassem os preços aos benefícios e custos sociais, influenciando nos direitos de propriedade; **setor de estabilização**, responsável por gerar o pleno emprego, assegurando livre escolha de ocupação e acesso a créditos que permitam esse fim; **setor de transferências**, responsável por garantir um mínimo social **o setor de distribuição**, cuja função é preservar uma justiça nas parcelas distributivas por meio da tributação dos ajustes

necessários aos direitos de propriedade, o que se faz em grande parte pela tributação das heranças.

A justiça dessas parcelas distributivas, no entanto, irá depender não só dessas instituições de fundo citadas, como também da forma como é alocada a renda total, os salários e outros rendimentos das transferências, o que será abordado em seguida.

RAWLS deixa claro que a finalidade da cobrança de tributos não é aumentar a receita, ou seja, gerar recursos para o governo, mas sim corrigir, gradual e continuamente, a distribuição de renda e riqueza de forma a impedir que a concentração de poder prejudique o valor equitativo de oportunidades, ou seja, prejudique os meios necessários para gerar condições semelhantes de educação e cultura para as pessoas, restringindo determinados cargos e posições apenas para alguns.

Assim a tributação deve arrecadar receita que seja suficiente para cumprir as finalidades da justiça, dirigindo os recursos obtidos para que o Estado possa recolher os bens públicos e realizar as transferências, atendendo ao princípio da diferença, cabendo ao setor da distribuição promover um arranjo justo na partilha da carga tributária.

RAWLS considera que a tributação proporcional sobre o consumo seria a mais adequada, proporcionando a melhor forma de sistema tributário, pois incidiria apenas sobre os produtos que seriam retirados do estoque comum de bens e não sobre a renda obtida.

A tributação progressiva deveria ser implementada apenas quando necessária para proteger a justiça da estrutura básica no tocante ao primeiro princípio da justiça e à igualdade equitativa de oportunidades, a fim de evitar acúmulos de propriedade e de poder nas instituições correspondentes.

Assim, RAWLS identifica a progressividade de impostos sobre a herança e sobre a renda como uma forma das instituições garantirem o cumprimento do máximo de liberdades e de cidadania igual em uma sociedade democrática e a incidência proporcional sobre os impostos como um meio de promover a igualdade equitativa de oportunidades.

A escolha, no entanto, do melhor sistema de distribuição e da melhor política fiscal dependerá das circunstâncias econômicas, de poupança, de propriedade, das instituições e da cultura de um determinado povo, que estão muito mais interligadas aos aspectos políticos do que aos aspectos de justiça.

RAWLS entende que é impossível se imaginar uma sociedade sem as intervenções do mercado, na qual na economia fosse motivada exclusivamente por interesses sociais e altruístas, como imaginam os socialistas, por isso, deve-se imaginar formas institucionais de se eliminar as diferenças

naturais provenientes de um mercado que não consegue proporcionar arranjos justos de distribuição de bens e riquezas.

Considera improvável que um sistema de controle socialmente regulado, seja de forma central ou por meios de associações, revele-se mais justo do que o controle exercido por meio de preços. As leis do mercado e as variações dos preços não necessariamente devem ser nocivas, tudo vai depender dos arranjos institucionais que podem optar pela política de mercado de forma racional e livre.

As instituições de fundo devem ser capazes de promover um equilíbrio entre os gastos governamentais e a distribuição de rendas e bens entre os indivíduos de uma sociedade de forma a permitir que os dois princípios da justiça se realizem, a partir da definição legal de propriedades e de um sistema de tributação adequado.

CONCLUSÕES

A partir das considerações lançadas no presente trabalho de pesquisa, é possível afirmar que a democracia deliberativa com todos os seus elementos valorativos relativos a garantia de participação igual e com exercício pleno das liberdades de escolha, está muito além do simples garantismo de eleições com critérios universais de participação, na medida em que os valores democráticos permeiam a preservação das condições inerentes à vida digna, a construção de uma sociedade equitativa com igualdade de participações e oportunidades de acesso ao poder, que irão atrair uma série de procedimento e parâmetros que permitam o alcance de sua verdadeira vocação.

Na seara das políticas fiscais não poderia ser diferente, seria necessário que a mesma estivesse pronta para também realizar o fim último democrático, que é participação dos atores sociais envolvidos na definição de políticas que permitam a realização do bem comum, com igualdade e liberdade.

Assim, restou demonstrado que a participação e o alcance dos valores relativos ao bem comum, a vida digna, devem permear a política fiscal de um país democrático, definindo seu caráter instrumental diante do regime político em questão, que, por tais razões, deve estar organizado de modo a permitir uma maior redistribuição de renda e distributividade dos serviços públicos essenciais aos mais necessitados.

Tendo sido demonstrado que somente com a adoção de práticas que permitam maior redistribuição de renda e distributividade de serviços públicos efetivos, será possível alcançar uma verdadeira igualdade de acesso as deliberações estatais de poder, com real liberdade de escolha.

Ficando exposta a necessidade de se definir, para o alcance de tais objetivos, uma incidência maior de tributos sobre renda e patrimônio, uma melhor forma de promover a divisão do ônus fiscal, e um maior investimento em

serviços básicos, como forma de incentivar e fortalecer os laços de solidariedade social, reduzindo a evasão e a sonegação fiscal e as desigualdades extremas.

Demonstrou-se que tais medidas que poderiam contribuir para a formação de uma sociedade mais participativa, mais justa e mais equitativa e, portanto, mais a fim aos valores democráticos plenos, por viabilizarem uma maior distribuição de renda e acesso maior aos serviços básicos.

Foi feita uma exposição sobre algumas definições adotadas por Rawls para a caracterização de instituições justas, que permitiu que se identificasse que tais valores são os mesmos ínsitos às democracias deliberativas, estando, da mesma forma, pautados na igualdade de oportunidade e na liberdade de escolhas.

Foi demonstrado, ainda, que Rawls entende que uma política fiscal justa e adequada deve se preocupar em definir os bens tidos por todos como essenciais e em determinar uma tributação mais incidente e progressiva sobre bens e heranças, além de ter meios de se preservar de concessões indevidas de incentivos fiscais, para que a arrecadação esteja posta de forma a permitir um arranjo social mais igualitário.

Associando-se as lições de Rawls, as Teorias Comunicativas alhures abordadas, é possível concluir que a política fiscal, exatamente por interferir na propriedade privada e na livre iniciativa, deve ser pautada na razoabilidade da tributação e no efetivo alcance dos anseios da construção de uma sociedade equitativa, o que somente se faz possível no momento em que nas esferas de poder encontrem-se presentes os debates com os atores sociais envolvidos, de forma a se garantir que tais anseios cheguem ao Legislativo, seja de uma forma mais livre e direta, com defendia Habermas, ou de uma forma mais institucionalizada por intermédio de agencias administrativas, como sugeriu Cohen.

Portanto, independentemente da forma escolhida para que a ação comunicativa possa ocorrer de forma satisfatória, como canal próprio de aproximação da sociedade civil do Estado, devem tais representantes da sociedade civil estar presentes na definição dos papéis a serem desenvolvidos, dos objetivos e finalidades da arrecadação fiscal e do destino dos valores arrecadados, sempre tendo em vista a consumação do bem comum.

Sendo possível, assim afirmar que sem a realização de uma democracia fiscal não será possível se alcançar, de forma plena, os valores inerentes a preservação do interesse coletivo, notadamente dos menos favorecidos, precarizando-se, assim, o papel esperados de uma verdadeira democracia deliberativa.

Realidade que, infelizmente, se faz presente em nosso país que por ter uma política fiscal muito desconectadas dos valores democráticos, acaba por não cumprir satisfatoriamente nenhuma de suas funções esperadas, relativas

a promoção da distribuição de renda ou de assegurar serviços públicos de melhor qualidade, o que acaba por gerar um ciclo de baixa aceitação e participação popular nos destinos e forma com que os tributos incidem e, por consequência, da definição e adoção de políticas mais igualitárias e que assegurem maior liberdade aos menos favorecidos.

REFERÊNCIAS

- ALCANTARA, Pedro Henrique. Deliberação e democracia: A Teoria deliberativa e seus críticos. *Revista Teoria e Pesquisa*, v. 27, nº 01, 2018, p. 1-21.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário* – São Paulo: Saraiva, 2004.
- COHEN, J. & SABEL, C. 1997. Directly-Deliberative Poyarchy. *European Law Journal*, p. 313-342. In: ALCANTARA, Pedro Henrique. *Deliberação e democracia: A Teoria deliberativa e seus críticos*. *Revista Teoria e Pesquisa*, v. 27, nº 01, 2018, p. 8.
- COHEN, Joshua, *Procedimento e substância na democracia deliberativa*. In: D. Werle e D. Melo (orgs). *Democracia Deliberativa*. São Paulo. Esfera Pública
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro. Volume II. 1997.
- FERES, Cláudia Faria. *Democracia Deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman*. *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, nº 50, 2000, p. 47-68.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O Mito da Propriedade*. – tradução Marcelo Brandão Cipolia.- São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e de tradução Álvaro de Vita – 3ª Ed – São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LEI KANDIR: Análise dos principais impactos no Estado de Minas Gerais

Maria Inês Murgel

Doutora em Direito pela UFMG. Advogada .Coordenadora do Instituto de Estudos Tributários - IBET, Belo Horizonte, Brasil, ines@jcm.adv.br

Natália Freitas Miranda

*Graduada em Direito pela UFMG. Advogada. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto de Estudos Tributários- IBET, Belo Horizonte, Brasil
natalia@nfmadvocacia.com.br*

RESUMO

O presente artigo pretende analisar os impactos da Lei Kandir no Estado de Minas Gerais. Para tanto, busca-se inicialmente compreender a estruturação do pacto federativo no Brasil. Em seguida, far-se-á uma análise do histórico da Lei Kandir para, após, avaliar os impactos desta legislação no Estado de Minas Gerais. Por fim, será apreciada a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 25 para extrair os efeitos desta decisão no cenário atual.

Palavras-Chaves: Lei Kandir. Pacto federativo. Impactos no Estado de Minas Gerais. ADO nº. 25.

INTRODUÇÃO

O pacto federativo no Brasil ganhou muita força no processo de redemocratização que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988. As forças locais, representadas pelos Estados e os Municípios, ganharam considerável destaque no texto constitucional, na medida em que o legislador constituinte se preocupou em delimitar bem as atribuições de cada ente federativo, possibilitando o exercício destas com fontes bem definidas de receitas.

Tal movimento descentralizador foi impactado com a publicação da Lei Complementar nº 87/96, a conhecida Lei Kandir, a qual estendeu a desoneração da incidência do ICMS, que antes só abarcava os produtos industrializados, para os produtos primários e semielaborados.

Para compensar a ampliação desta desoneração, ficou estabelecido na referida normativa o Seguro-Receita, que teve por objetivo manter o nível de

arrecadação do ICMS nos Estados enquanto a economia fosse ajustada com o aumento das exportações.

Posteriormente, a previsão acerca da necessidade de compensar os entes federados foi reforçada no texto constitucional, por meio do art. 91 do Ato das Disposições Transitórias (ADCT), o qual previu a necessidade de publicação de lei complementar para fixar os critérios, os prazos e os aspectos acerca dos repasses a serem realizados pela União.

Contudo, com o passar dos anos, os Estados passaram a questionar os valores repassados pelo Governo Central a título de compensação, sob o argumento de não serem suficientes, e até o momento a Lei Complementar não foi publicada, razão pela qual foi ajuizada a ADO nº. 25. Com base no exposto, o presente artigo propõe a análise dos principais impactos da Lei Kandir no Estado de Minas Gerais, tendo como enfoque o pacto federativo.

1. O PACTO FEDERATIVO BRASILEIRO

A figura do Estado-Membro passou a ser realidade política e territorial do Estado Federal brasileiro na Constituição de 1891, a partir da qual se tornou preexistente às Constituições seguintes, alterando-se apenas a relação entres os entes federados entre si, de modo a “conservar, modificar ou inovar competências, organização e relações, conforme as tendências e as mutáveis inspirações da concepção do Estado Federal e do federalismo constitucional”. (HORTA. 2003, p.289)

Neste diapasão, a Carta Magna de 1988 confirmou a estrutura do Estado Federal brasileiro, conferindo aos entes federados o poder de organização própria, a partir do qual seria possível organizar sua própria legislação, sem subordinação hierárquica.

Como bem destacado por DERZI e BUSTAMANTE,

O ponto essencial se concentra, portanto, no dualismo do centro de decisão e produção de normas e na existência de um poder jurídico, por parte das ordens jurídicas parciais (os Estados-membros), não apenas para estabelecerem o seu próprio governo, mas também para criarem por si mesmas certas normas que são válidas por força de sua própria autoridade e não se subordinam hierarquicamente à legislação federal estabelecida em seus âmbitos próprios de competências. (DERZI, BUSTAMANTE, 2016, p. 8)

E para organizar o convívio dos ordenamentos que compõem o Estado Federal, as competências dos entes foram exaustivamente repartidas na CFRB/88, que se preocupou em destrinchar a responsabilidade de cada ente, “de modo a instaurar na Constituição Federal o equilíbrio entre o ordenamento central e os ordenamentos parciais”. (DERZI; BUSTAMANTE, 2016, p.310)

Além disso, ao repartir as competências de cada ente, a Constituição Federal de 1988 buscou garantir sua autonomia política e financeira, em consonância com o princípio federativo, que foi envolvido pelo instituto da cláusula intangível. (CRFB/88, art. 60, § 4º, I)

Tal movimento é claramente expresso quando se nota que a CRFB/88 cuidou de um título inteiro do texto constitucional (Título VI- Da Tributação e do Orçamento) para organizar as fontes de arrecadação dos entes federativos, tratando-os em condições de igualdade.

Ao conferir a cada ente federado uma fonte de arrecadação de receita, o legislador constituinte conferiu também a execução de deveres constitucionais, garantindo para tanto uma atuação de forma mais autônoma do governo central. Neste sentido, é importante mencionar que:

No campo das finanças públicas, pode-se verificar o forte empenho do constituinte no sentido de dotar os governos subnacionais de maior autonomia financeira e tributária. A propósito, os fundos de participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM) foram reforçados com um aumento significativo no volume de transferências da receita dos dois principais impostos arrecadados pela União (IR e IPI), antes mesmo da promulgação da CRFB. Além do aumento das transferências, houve na CRFB o alargamento da base de cálculo do ICMS, abrangendo também os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, bem como combustíveis e energia elétrica. Esse “reforço financeiro” ocorreu para que se pudesse assegurar a autonomia financeira dos Estados-membros e para garantir a adequada prestação dos serviços que couberam aos Estados e Distrito Federal na redistribuição federativa de encargos sociais, já que para os entes subnacionais restou a obrigação de prestar saúde, educação básica e segurança pública (os serviços de maior custo com folha de pagamentos). (BATISTA JÚNIOR, MARINHO, 2018b, p.163)

E como contrapartida deste sistema fiscal organizado para ampliar a autonomia e atuação dos entes subnacionais, estes assumiram a responsabilidade constitucional de viabilizar a execução dos diversos direitos sociais elencados no art. 6º da CRFB/88, tais como saúde, segurança, transporte, educação, dentre outros.

Todo o cuidado do legislador constituinte para garantir a autonomia dos entes, garantindo-lhes condições financeira e política para exercerem suas responsabilidades constitucionais, tutelando inclusive tal relação dentre as hipóteses protegidas por cláusula pétrea, demonstra o quanto o pacto federativo é condição essencial da República brasileira.

Não obstante todo este movimento descentralizador que envolvia o período de redemocratização, os anos 90 foram marcados por um movimento recentralizador, notadamente a partir do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC), com maior concentração de recursos na esfera federal e maior centralização na definição das políticas públicas.

ARRETCHE muito bem retrata este contexto:

Entretanto, esse cenário (“federalismo estadualista”) altera-se radicalmente a partir do governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC). Para Arretche (2012, p. 34), a maior parte dos analistas do federalismo concorda que houve recentralização nos anos 1990, em razão da aprovação de normas que alteraram ou regulamentaram a CRFB. Essas normas reduziram a autonomia financeira dos Estados e Municípios e prejudicaram-nos na condução de programas sociais, bem como aumentaram o poderio fiscal da União. Foi nesse sentido, para a Arretche, que vieram as normas que criaram o Fundo Social de Emergência (FSE), a atual Desvinculação das Receitas da União (DRU); a lei de concessões (Lei no 9.074/1995); a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Básica (LDB, Lei no 9.394/1996); a reforma administrativa promovida pela Lei Camata (LC no 82/1995) e pela Lei no 96/1999; a Lei Kandir etc. Todo o conjunto normativo elencado por Arretche (2012, p. 42) em alguma medida cuidou de assuntos de interesse dos entes subnacionais, os quais passaram a ser coordenados pela União. A rapidez com que essas normas foram aprovadas e a votação expressiva que receberam no Congresso Nacional, mesmo quando importavam em nítido prejuízo financeiro para Estados e Municípios, demonstram que realmente algo mudou. (ARRETCHE, 2012, p. 34-42 *apud* BATISTA JÚNIOR; MARINHO, 2018b, p. 164)

Assim, vários institutos foram criados, muitos sob o argumento de serem ações provisórias, em prol da política nacional, tais como a atual Desvinculação das Receitas da União (DRU); a Lei Kandir; o Fundo Social de Emergência (FSE), dentre outros. Inclusive, para não restar questionamento quanto a sua transitoriedade, alguns foram revestidos pela couraça do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias- ADCTS, mas que de transitório nada tiveram, pois perduram até o dia de hoje.

Em que pese toda a reformulação política promovida Constituição Federal de 1988, no sentido de promover descentralização de receitas para garantir autonomia aos entes subnacionais, especialmente aos municípios, a União Federal, por meio dos institutos mencionados acima e “das contribuições – cuja receita não é partilhada com os demais entes–, conseguiu reverter o quadro constitucional de partilha de receitas, concentrando em seu poder a maior parte dos recursos tributários arrecadados”. (STF, ADO nº. 25, p 16)

Segundo LOPREATO, para compensar as inovações constitucionais:

A União procurou formas de se contrapor às alterações, pela chamada operação ‘desmonte’, cortando gastos e buscando meios de ampliar a receita. A redução de despesas ocorreu via corte dos gastos diretos e das transferências voluntárias aos Estados e Municípios. (LOPREATO, 2002, p. 112)

Há, assim, entre alguns estudiosos do federalismo brasileiro o entendimento de que houve um movimento de recentralização após a promulgação

da CRFB/88, com a redução da autonomia dos Estados e dos Municípios, em prejuízo à condução dos programas sociais e com consequente aumento do poder arrecadatório da União Federal, o que poderá ser melhor vislumbrado pela análise dos principais impactos da Lei Kandir no Estado de Minas Gerais.

2. A LEI KANDIR

A Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro de 1996, mais conhecida por Lei Kandir, promoveu a desoneração do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nas exportações de produtos primários e semielaborados.

Tal conduta fiscal foi utilizada como instrumento de política econômica nacional, uma vez que o Plano Real, com a medida de valorização cambial, gerou uma queda nas exportações líquidas, e foi necessário reduzir o “Custo Brasil”. (BATISTA JÚNIOR; MARINHO, 2018b, p. 158)

Segundo os estudos de RIANI e ALBUQUERQUE,

A Lei Complementar 87/96, tal como foi concebida, tinha dois objetivos fundamentais. O primeiro era o de incentivar as exportações brasileiras, visando melhorar o saldo do Balanço de Pagamentos. A utilização do ICMS foi justificada, entre outras razões, como alternativa para não alterar a política cambial de paridade do real com o dólar americano. Acreditava-se que a adoção desta medida poderia minimizar os saldos negativos apresentados pela balança comercial do País. O segundo objetivo relacionava-se à necessidade de elevar os investimentos internos, a fim de promover o crescimento econômico, utilizando, para tal finalidade, o ICMS. (RIANI; ALBUQUERQUE, 2000, p. 424)

Ressalta-se que, desde a Constituição de 1988, o legislador constituinte já havia excluído da incidência do ICMS as operações que destinassem ao exterior (Art. 155, §2º, inc. X, alínea a), tendo como contrapartida beneficiado os Estados-membros com os repasses do IPI (Art. 159, inc. II), com o objetivo de “mitigar as perdas sofridas pelos entes menores em seu esforço exportador (tanto assim que previu repasses apenas com relação aos produtos industrializados). (BATISTA JÚNIOR, 2018, 453)

A Lei Kandir ampliou a base de desoneração para incluir os produtos primários e semielaborados, estabelecendo, a partir de sua publicação, a necessidade de compensar os Estados pela perda da arrecadação, o que seria realizado por meio da figura do Seguro-Receita, que teve por objetivo manter o nível de arrecadação do ICMS nos Estados. (RIANI; ALBUQUERQUE, 2008, p. 4)

O cálculo do Seguro-Receita previa um fator de transição, pois se almejava, com o aumento do PIB, um reequilíbrio das contas públicas após a queda das arrecadações. Assim, a partir do ano de 1999, iniciou-se “um período

do de transição em que os repasses seriam reduzidos gradativamente a cada ano para 90%, 77,5%, 62,5% e 44,5% até o ano de 2002”, e os “estados que tivessem perdas superiores a 10% este deságio seria estendido proporcionalmente até o último ano que tivessem direito ao repasse”. (RIANI; ALBUQUERQUE, 2008, p. 6)

Ocorre que os Estados passaram a registrar prejuízos em suas contas, o que culminou na publicação da Lei Complementar nº 102/2000, que alterou o texto original da Lei Kandir, com o objetivo de gerar um retorno imediato aos Estados, a partir da previsão de restrição ao aproveitamento de créditos tributários e de parcelamento no prazo de quatro anos do crédito de ICMS. (RIANI; ALBUQUERQUE, 2008, p. 2)

Apesar de ter ocorrido uma queda na perda de receita, tal medida não foi compensatória, uma vez que os Estados tiveram que arcar com os ônus judiciais das restrições legais impostas ao aproveitamento do crédito de ICMS. (RIANI; ALBUQUERQUE, 2008, p. 7)

Outro aspecto importante é que a LC nº 102/2000 previu um cálculo mensal de repasse aos Estados, com base, inclusive, na arrecadação mensal de ICMS de cada ente. Tal critério foi alterado pelas modificações posteriores a citada lei, que “passou a ser processada por meio de fixação de montantes destinados a esse fim e, posteriormente, com previsão de definição de recursos em lei orçamentária”. (RIANI; ALBUQUERQUE, 2008, p. 8)

Com a fixação destes montantes fixos, a partir de uma negociação política no âmbito do Conselho Nacional de Política Nacional – CONFAZ, foram estabelecidos os índices de participação de cada ente.¹ (RIANI; ALBUQUERQUE, 2008, p. 8)

Após diversas alterações legislativas com o objetivo de mitigar as perdas dos entes federados, foi publicada a Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, que incluiu a desoneração prevista pela Lei Kandir no texto constitucional, especificamente no art. 91 do ADCT, reforçando que a União deveria compensar os Estados pelas perdas sofridas, sendo que os critérios, prazos e condições deveriam ser regidos por lei complementar.²

O relato das principais alterações legislativas da Lei Kandir pretendeu demonstrar que durante anos foram realizados ajustes para tentar mitigar os danos sofridos pelos entes federados, uma vez que a projeção inicial realizada pela equipe econômica que motivou a publicação da referida lei não se confirmou como o esperado, conforme se explica a seguir:

Revela-se, nas sucessivas alterações legislativas, que a metodologia de cálculo das compensações foi sistematicamente modificada para abrandar as reivindicações dos Estados. A Lei Kandir é de 1996 e, não mais

de quatro anos após a sua promulgação, sobreveio a LC no 102/2000 (BRASIL, 2000b) para assegurar os repasses até, pelo menos, o ano de 2002. Não tendo sido suficientes as mudanças promovidas, foi aprovada dois anos depois a LC no 115/2002 (BRASIL, 2002c), para prorrogar o período de repasses até 2006. Ano após ano, foram empreendidas negociações entre os entes federativos para que fosse atendido o real comando do art. 31 da LC no 87/1996. Em 2003, o Congresso Nacional, no seu papel de constituinte derivado, aprovou a EC no 42/2003 (BRASIL, 2003), que elevou a desoneração das exportações ao status de imunidade, igualmente firmando a necessidade de compensação. As perdas deveriam ser repostas nos termos de lei complementar a ser editada para resolver definitivamente a questão, estabelecendo um mecanismo de compensação efetiva aos Estados e Municípios (art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT). (BATISTA JÚNIOR; MARINHO, 2018b, p. 172)

Apesar de elevar a desoneração ao status constitucional, os Estados alegam que as compensações nunca foram suficientes para compensar as perdas na arrecadação, conforme será melhor detalhado na análise do caso de Minas Gerais. E até a presente data a lei complementar prevista no art. 91 do ADCT não foi publicada, mesmo com a decisão favorável aos Estados na ADO 25.

3. ANÁLISE DOS PRINCIPAIS IMPACTOS DA LEI KANDIR NO ESTADO DE MINAS GERAIS

O ICMS é principal imposto de arrecadação estadual, respondendo “por aproximadamente 75% da receita tributária de Minas Gerais e 60% da receita orçamentária total”. (PIMENTEL; NEVES; TAQUES; DIAS; FARIA; MOURA; LIMA, 2017, p. 15)

É sabido que a exportação mineira é embasada principalmente em produtos primários e semielaborados, tais como minérios, café, ferro fundido, ferro e aço, os quais passaram imunes à incidência de ICMS. (RIANI; ALBUQUERQUE, 2000, p. 428)

Em estudo publicado nos anos 2000, RIANI e ALBUQUERQUE já haviam constatado que mencionados produtos, nos anos de 1995 e 1996, tiveram uma participação relativa no valor exportado de 66,4% e 66,3%, respectivamente. Nos anos seguintes, 1997, 1998 e 1999, a participação relativa da soma desses produtos no faturamento das exportações foi, na mesma sequência, de 60,6%, 60,6% e 61,3% (RIANI; ALBUQUERQUE, 2000, p. 428). Isso permite inferir que mesmo após a desoneração do ICMS, o objetivo da política nacional não havia atingido o resultado esperado.

A tabela abaixo apresenta de maneira discriminada o desempenho da exportação dos principais produtos produzidos em Minas Gerais, durante os

anos de 1995 a 1999, período este que foi objeto da pesquisa elaborada por RIANI e ALBUQUERQUE:

Tabela 1

EXPORTAÇÕES DOS DEZ PRINCIPAIS ITENS DE MINAS GERAIS

(Em US\$ Milhões – FOB)

Especificação	Jan.-Dez./95		Jan.-Dez./96		Jan.-Dez./97		Jan.-Dez./98		Jan.-Dez./99	
	Valor	(%)	Valor	(%)	Valor	(%)	Valor	(%)	Valor	(%)
Minérios, escórias e cinzas	1.289,9	22,0	1.329,1	30,0	1.378,2	18,8	1.823,8	23,9	1.461,6	22,9
Café, chá, mate e especiarias	969,0	16,5	898,7	18,3	1.731,8	23,6	1.521,8	19,9	1.307,5	20,5
Ferro fundido, ferro e aço	1.636,3	27,9	1.560,3	18,0	1.330,3	18,2	1.288,0	16,8	1.141,4	17,9
Veículos, automóveis, tratores, ciclos e outros	462,9	7,9	371,5	6,5	959,3	13,1	1.105,6	14,5	805,0	12,6
Pastas de madeira ou de outros materiais	227,1	3,9	179,1	4,5	275,4	3,8	257,8	3,4	272,8	4,3
Produtos químicos inorgânicos; compostos	164,3	2,8	204,1	2,9	217,5	3,0	174,7	2,3	185,2	2,9
Pérolas naturais ou cultivadas e pedras	143,8	2,5	221,5	2,8	206,8	2,8	201,4	2,6	188,4	3,0
Reatores nucleares, caldeiras, máquinas	204,5	3,5	181,9	2,6	197,8	2,7	213,2	2,8	176,5	2,8
Obras de ferro fundido, ferro ou aço	126,5	2,2	181,2	2,6	155,8	2,1	140,2	1,8	123,0	1,9
Máquinas, aparelhos e materiais elétricos	90,1	1,5	83,2	1,4	112,3	1,5	105,9	1,4	111,8	1,8
<i>Subtotal</i>	<i>5.314,6</i>	<i>90,7</i>	<i>5.210,6</i>	<i>89,5</i>	<i>6.565,4</i>	<i>89,6</i>	<i>6.832,3</i>	<i>89,4</i>	<i>5.773,2</i>	<i>90,5</i>
<i>Total geral das exportações</i>	<i>5.857,1</i>	<i>100,0</i>	<i>5.789,3</i>	<i>100,0</i>	<i>7.323,5</i>	<i>100,0</i>	<i>7.646,1</i>	<i>100,0</i>	<i>6.381,1</i>	<i>100,0</i>

Elaboração: Assessoria Econômica/SEF.

Fonte: SRF/MF.

Fonte: (RIANI; ALBUQUERQUE, 2000, p. 430)

De fato, o índice de exportação de alguns produtos aumentou após a desoneração, mas é possível observar que no ano seguinte à publicação da Lei Kandir, o volume exportado dos principais produtos teve uma queda, tendo alguns alcançado valores menores comparados ao período anterior à LC n.º 87/96.

Os autores estimaram no referido estudo que a renúncia fiscal fez com que o Estado de Minas deixasse de arrecadar cerca de US\$ 911 milhões, somente para os produtos minérios, café, ferro fundido e aço, durante os anos 1997, 1998 e 1999, (RIANI; ALBUQUERQUE, 2000, p. 431)

Em estudo posterior publicado no ano de 2008, com base em um período maior de análise, de 1996 a 2007, RIANI e ALBUQUERQUE constataram que, mesmo considerando as compensações da União, o Estado de Minas Gerais sofreu um impacto bruto no montante de R\$ 10,110 bilhões, tendo recebido como compensação o valor de R\$ 4,887 bilhões, o que culminou em uma perda líquida de R\$ 5,223 bilhões. (RIANI; ALBUQUERQUE, 2008, p. 16)

Abaixo tabela que discrimina os montantes mencionados:

Tabela 4 - MINAS GERAIS
BALANÇO DE PERDAS DO ICMS COM EXPORTAÇÕES DE SEMI-ELABORADOS E PRIMÁRIOS X RESSARCIMENTOS COM A LEI KANDIR E AUXÍLIOS FINANCEIROS DA UNIÃO
PERÍODO: SETEMBRO DE 1996 A DEZEMBRO DE 2007
VALORES CORRENTES EM R\$ 1.000,00

PERÍODO	ARRECAÇÃO DE ICMS (1) (A)	PERDA BRUTA ICMS EXPORT. (3) (B)	% PERDA BRUTA/ ICMS TOTAL (C)	SEG.REC. F.ORÇAM E AUX. FINANC.(4) (D)	PERDA LÍQUIDA DE ICMS (E)	% PERDA LÍQUIDA/ ICMS TOTAL (F)
1996 (2)	1.565.250	99.262	6,3	60.133	39.129	2,5
1997	5.481.170	402.561	7,3	110.987	291.574	5,3
1998	5.481.849	407.690	7,4	338.419	69.271	1,3
1999	6.238.098	554.119	8,9	519.534	34.585	0,6
2000	7.484.516	528.073	7,1	498.616	29.457	0,4
2001	8.929.918	609.522	6,8	462.159	147.363	1,7
2002	9.454.989	838.659	8,9	510.053	328.606	3,5
2003	10.835.788	973.551	9,0	468.523	505.028	4,7
2004	12.931.306	1.242.572	9,6	495.640	746.932	5,8
2005	15.184.191	1.473.496	9,7	590.768	882.728	5,8
2006	16.662.216	1.454.699	8,7	416.327	1.038.373	6,2
2007	18.972.268	1.525.975	8,0	418.327	1.109.648	5,8
TOTAL PERÍODOS	119.221.559	10.110.178	8,5	4.887.485	5.222.693	4,4

Fonte: Tabela de Perdas L. Kandir da ABSEF, SCCC/SEF-MG, STNMF, SCAFI/SEF, L.C. nº 87/96, L.C. 102/00, L.C. nº 115/02, E.C. 42/03 e Leis Federais de fomento à exportação.
Obs.: (1) arrecadação efetiva do ICMS principal, consoante balanços da SCCC/SEF-MG, compensadas as antecipações em R\$ milhões: dez/96-jan/97 (127.544); dez/97-jan/98 (137.164); dez/98-jan/99 (109.100); dez/99-jan/2000 (101.500); (2) em 1996 os valores foram apurados a partir de 16 de setembro - vigência da L. Kandir - L.C. nº 87, de 13/09/96; (3) as perdas incluem apenas o ICMS simulado s/ exportação de semi-elaborados e primários, com alíquotas vigentes no período anterior à LC 87, de 13/09/96; (4) seguro-recetta (1996-99), progr. orçamentária (2000-2007) e auxílios financeiros à exportação (2004-2007), para MG, Municípios e Funde/FundeB - regime de competência. A partir de 2000 o Seguro-Recetta foi substituído por Fundo Orçamentário, por força da LC 102/00, LC 115, de 26/12/02 e EC nº 42 de 19/12/03. Em 2003, estão incluídos R\$ 52.710.361,82 relativos a acerto de parcelas do FundeB e Cotas Municipais de novembro e dezembro de 1999; A partir de 2004, juntamente aos Fundos Orçamentários, foram acrescentados Auxílios Financeiros para estímulo à exportação aprovados por: Lei 10.966, de 09/11/04; Lei 11.115, de 18/05/05; Lei 11.131, de 01/07/05; Lei 11.289/06, de 30/03/06; Lei 11.452, de 27/02/07; Lei 11.492, de 20/06/07; e Lei 11.512, de 08/08/07

Fonte: (RIANI; ALBUQUERQUE, 2008, p. 15)

Segundo os autores, a tabela foi elaborada sem considerar “as perdas das concessões de créditos nas áreas de energia elétrica, comunicação e crédito de ativos imobilizados determinadas pela Lei Kandir” (RIANI; ALBUQUERQUE, 2000, p. 16), o que se infere que provavelmente o impacto sofrido pelo Estado de Minas Gerais na perda da arrecadação foi maior.

Considerando um período maior de análise, o Relatório da Comissão Extraordinária de Acerto de Contas entre Minas e a União, elaborado no âmbito da Assembleia de Minas Gerais, com o envolvimento de vários governadores, aponta que, com base em informações do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz, o valor total não compensado, considerando o período de 1996 até 2015, é R\$ 135,67 bilhões, já atualizado pela taxa Selic (PIMENTEL; NEVES; TAQUES; DIAS; FARIA; MOURA; LIMA, 2017, p. 16).

No referido relatório apurou-se que Minas Gerais tem uma dívida de 87,2 bilhões com o governo central, razão pela qual se pleiteou um encontro de contas deste débito com os valores que deveriam ser repassados a título da Lei Kandir. (PIMENTEL; NEVES; TAQUES; DIAS; FARIA; MOURA; LIMA, 2017, p. 28)

O Governo Federal alega que as compensações previstas na Lei Kandir já foram realizadas, notadamente por meio das transferências realizadas aos entes federados do Auxílio Financeiro para Fomento das Exportações

(FEX) e dos repasses do IPI-exportação aos Estados.³ (BATISTA JÚNIOR; MARINHO, 2016, p. 98)

No âmbito do Congresso Nacional, foi instituída a Comissão Mista Especial sobre a Lei Kandir para cumprir a decisão exarada na ADO nº. 25, o que culminou no Parecer (CN) nº 1, de 2018. Da análise deste parecer, foi possível observar que a União Federal, por meio do Ministério da Fazenda, entende que “o art. 91 do ADCT refere-se a um montante a ser fixado, não havendo previsão de ressarcimento de perdas, com a entrega requerida perdurando enquanto a arrecadação no destino for menor que 80%; assim, não haveria passivo, pois a compensação contida na Lei Kandir bastaria até que nova norma fosse editada”. (Congresso Nacional, Parecer (CN) nº. 1, 2018, p. 22)

Ainda, o Ministério da Fazenda alega que a estimativa do Comsefaz apresenta problemas metodológicos, pois para realizar a apuração seria necessário levantar as alíquotas vigentes em 1997 e formular uma análise comparativa com o que aconteceria na ausência da Lei Kandir. Além disso, teria

³ “O FEX foi instituído, em 2004, por meio da MP 193/2004, para “reduzir a vulnerabilidade externa da economia brasileira” e “estimular os entes federados a contribuírem com o esforço exportador”. Trata-se de transferência de recursos não vinculados da União para os Estados, DF e Municípios sem qualquer regulamentação legal permanente. Ano após ano, o valor a ser distribuído é incluído na Lei Orçamentária Anual e é editada uma Medida Provisória (MP) estabelecendo o montante de repasse que é dividido de acordo com estipulações do CONFAZ. Parece mesmo que, em virtude das absurdas distorções provocadas no pacto federativo, a União, com o perdão da expressão, criou uma espécie de “mesada” para os Estados. Não há qualquer garantia de que as transferências venham a ocorrer, tampouco há segurança quanto ao seu valor. Nos anos de 2013 e 2014, por exemplo, não houve previsão orçamentária do FEX, o que ocasionou atrasos e divergências nos valores relativos ao seu pagamento. Cumpre registrar, porém, que os cálculos apresentados pelos Estados ao Ministério da Fazenda, consideraram todos os repasses do FEX realizados desde 2004. Em outras palavras, para o “encontro de contas” os valores de FEX já foram considerados. A tecnoburocracia federal tenta passar a imagem de que os Estados não teriam muito a receber em decorrência das transferências de 10% da arrecadação do IPI, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados. Salta aos olhos que não faz o menor sentido considerar os valores dos repasses constitucionais do art. 159, inc. II, da CRFB/88 como parte da compensação pela desoneração do ICMS. Os repasses do IPI estão previstos, desde 1988, no texto constitucional, portanto não possuem qualquer relação com a Lei Kandir, de 1996. As transferências do IPI dizem respeito apenas a produtos industrializados – beneficiados com a imunidade do ICMS pelo constituinte originário (e não pela Lei Kandir). O dispositivo constitucional reforça a ideia de que a União deve mitigar as perdas sofridas pelos entes menores em seu esforço exportador, tanto assim que previu repasses com relação aos produtos industrializados.” (BATISTA JÚNIOR; MARINHO, 2016, p. 98)

que ser considerado nesta apuração quais créditos fiscais foram efetivamente aproveitados, estimando perdas inferiores a 10% do montante informado pelo Comsefaz. (Congresso Nacional, Parecer (CN) n.º. 1, 2018, p. 22)

Observa-se que o Ministério da Fazenda entende que não há valores a serem compensados aos Estados, pois o dispositivo constitucional prevê um montante a ser fixado, sem previsão de ressarcimento de perdas, além de rebater a estimativa de perdas realizada pelo Comsefaz ao alegar que esta apresenta problemas metodológicos, sem contudo apresentar uma contraproposta para análise. A alegação de que não há compensação a ser realizada não condiz com todo o histórico legislativo de alterações da Lei Kandir e da própria conduta do Governo Central, que veio realizando repasses a título de compensação aos entes federados.

Considerando as contribuições dos órgãos participantes da Comissão Mista e a ausência de contraproposta pelo Governo Central, foram apresentadas duas estimativas de perdas líquidas suportadas pelo Estado de Minas Gerais. Segundo estudos da Fundação Amazônica de Amparo a Estudos e Pesquisas-Fapespa, a perda líquida foi no montante de R\$ 92.181,00 bilhões, no período de 1997 a 2015, enquanto que o Comitê dos Secretários de Estado da Fazenda-Comsefaz apurou uma perda de R\$ 88.123,11 bilhões durante os anos de 1996 a 2016. Embora os períodos sejam diferentes, o referido Relatório constatou que as discrepâncias são significativas, o que demonstra a incerteza que paira sobre o tema.(Congresso Nacional, Parecer (CN) n.º. 1, 2018, p. 24-25)

O Parecer (CN) n.º. 1/2018 também constatou que ao contabilizar todas as perdas que todos os entes federados tiveram durante o período de 1996 a 2016, incluindo nesta contabilidade os valores repassados pela União a título da compensação da própria Lei Kandir e do FEX, as perdas acumuladas alcançaram, em 1º de julho de 2017, o montante de R\$ 548,78 bilhões. E considerando os haveres financeiros da União junto aos Estados, o último Balanço Geral da União (BGU) constatou um débito dos Estados no valor de R\$ 556.711,319 bilhões, consolidado em 31 de dezembro de 2016, o que significa que um eventual acerto de contas poderia praticamente zerar os débitos existentes dos Estados junto à União Federal. (Congresso Nacional, Parecer (CN) n.º. 1, 2018, p. 25-28)

De um lado, há estudos que demonstram um impacto significativo nas finanças dos entes federados com o advento da Lei Kandir, o que foi confirmado pelo o Supremo Tribunal Federal, conforme será detalhado a seguir. E de outro lado, a União Federal demonstrou uma postura não colaborativa no âmbito da Comissão Mista instaurada no Congresso Nacional para fins de cumprir a decisão da ADO n.º. 25, impossibilitando a viabilidade de um acordo entre os Estados e o Governo Central.

Na verdade, a União Federal previa que a perda na arrecadação do ICMS só iria ocorrer nos primeiros anos da vigência da lei, pois os efeitos

favoráveis do crescimento das exportações e por consequência, do aumento do PIB, iriam compensar os efeitos negativos da desoneração.

Contudo, os estudos apresentados acima dizem o contrário, o impacto na queda da arrecadação sofrido pelos entes não foi compensando pelo o aumento do PIB e tampouco pelos valores repassados pela União. E hoje os Estados brasileiros encontram-se altamente endividados com a União Federal, sendo que muitos, inclusive, decretaram estado de calamidade pública financeira, como é o caso de Minas Gerais.

4. A ADO n.º. 25

Conforme discorrido alhures, o art. 91 do ADCT previu que a União deveria entregar aos Estados e ao Distrito Federal o montante previsto em lei complementar, a qual deveria detalhar todos os critérios, os prazos e as condições para fins de compensar a inclusão da imunidade do ICMS sobre os produtos primários e semielaborados pela EC n.º 42/2003.

Em que pese tal determinação constitucional, passados mais de 20 anos desde a publicação da Lei Kandir, nenhuma lei complementar foi elaborada, razão pela qual o Estado do Pará ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º. 25.

O Supremo Tribunal Federal, em 2016, julgou procedente a ADO n.º. 25, de maneira unânime, reconhecendo a omissão legislativa ao não elaborar a lei complementar prevista no caput do Art. 91 do ADCT, e concedeu ao Congresso Nacional o prazo de um ano para regulamentá-lo, sob pena do Tribunal de Contas fazê-lo, o que culminou na instauração da Comissão Mista sobre a Lei Kandir.⁴

Detalhe importante é que a decisão do STF não modulou os efeitos da decisão, o que permite afirmar que o julgado tem efeitos *ex tunc*, isto é, em tese irá abarcar as situações pretéritas ao proferimento da decisão favorável.

Da análise dos votos dos Ministros, observa-se a questão do pacto federativo é ponto central no embasamento da decisão, sendo que o Ministro Gilmar Mendes dedicou parte considerável do seu relatório para discorrer sobre o federalismo brasileiro, iniciando seu voto com a seguinte assertiva: “a questão constitucional examinada nesta ação relaciona-se com temas centrais do nosso federalismo, tais como a autonomia financeira e a partilha dos recursos tributários”. (STF, 2017, p. 14)

No voto do Relator, é retomado o contexto do rearranjo político promovido pela Constituição Federal de 1988, o qual foi marcado pela “luta

⁴ Vide a íntegra da decisão :

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039>.

por descentralização política e garantia de autonomia aos entes subnacionais, especialmente os municípios”.(STF, 2017, p. 15)

Conforme relatado no primeiro tópico deste artigo, este movimento por autonomia política e econômica por parte dos entes federados necessariamente precisava ser acompanhado pela possibilidade de se auferir fontes próprias de receitas, como assim o legislador constituinte o fez ao promulgar a CRFB/88.

Neste diapasão, cabe citar trecho do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes:

A desejada autonomia política não poderia existir sem que estivesse aliada à autonomia financeira, e esta, no contexto de um Estado Fiscal, depende, fundamentalmente, da divisão de competências tributárias e da partilha do produto da arrecadação tributária. Para os estados e municípios de maior potencial econômico, a autonomia poderia ser, em grande medida, assegurada por meio de suas próprias receitas tributárias, desde que a discriminação de suas competências fosse-lhes favorável. Cuidou-se, então, de ampliar as competências estaduais, incluindo no âmbito do ICMS fatos econômicos antes sujeitos exclusivamente à competência tributária federal: combustíveis, energia elétrica e telecomunicações. (STF, 2017, p. 15)

Além disso, a Constituição de 1988 também previu várias hipóteses de repartição de receitas da União com os demais entes, com o objetivo primordial de viabilizar a autonomia política e financeira dos Estados, DF e Municípios, e por consequência, fazer jus ao pacto federado.

Ressalta-se que esta autonomia financeira foi acompanhada com a assunção de atribuições pelos os Estados, o DF e os Municípios, os quais foram incumbidos da complexa missão de cuidar da saúde, educação e segurança, temáticas essenciais da sociedade e que demandam muito recurso público.

Para compensar esta partilha do produto da arrecadação tributária, o voto do Relator relembra bem que a União foi recompensada com as contribuições, as quais não são partilhadas com os demais entes, o que a possibilitou “reverter o quadro constitucional de partilha de receitas, concentrando em seu poder a maior parte dos recursos tributários arrecadados”. (STF, 2017, p. 16)

Assim, com o objetivo de compensar a repartição das receitas tributárias previstas no texto constitucional, a União Federal, nas duas últimas décadas que sucederam à CRFB/88, iniciou um movimento de centralização, utilizando para tanto especialmente as contribuições sociais.

Para se ter uma ideia, o voto apresenta uma tabela que demonstra que a partir do Plano Real, houve um incremento na arrecadação de contribuições no total das receitas correntes da União em até 55%. (STF, 2017, p. 17) Segundo o Ministro Relator, este movimento trouxe efeitos perversos, tais

“como o ganho de complexidade do sistema tributário, a centralização fiscal e a elevação da carga tributária”. (STF, 2017, p. 18)

Verifica-se, através da análise do referido voto, como bem destacou o falecido Ministro Teori Zavascki, que o nosso federalismo fiscal está esfrangalhado (STF, 2017, p. 19), uma vez que os Estados e os Municípios encontram-se em uma situação financeira extremamente alarmante e a União Federal atua em sentido contrário, em um forte movimento centralizatório na arrecadação de receitas, incluindo as que não lhe pertencem, quando não se faz o repasse dos recursos devidos aos Estados originários à Lei Kandir.

Desde 2016, o STF tem postergado o prazo para cumprir o que restou decidido na ADO n.º 25, sendo que a última decisão concedeu ao Congresso Nacional até o início de 2020 para publicar a Lei Complementar que irá regulamentar o art. 91 da ADCT.

E um aspecto preocupante no cumprimento desta decisão é a postura não colaborativa da União Federal, conforme demonstrado alhures. Em uma das respostas ao Congresso Nacional, o Ministério da Fazenda alegou que somente as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) estariam legalmente autorizadas a quebrar o sigilo fiscal da União Federal e nem o Tribunal de Contas da União poderia ter acesso aos dados para cumprir a decisão do STF:

O Ofício n.º 46/MF, a seu tempo, comunica, em resposta ao Requerimento n.º 16, que somente comissões parlamentares de inquérito (CPIs) estão legalmente aptas a obter informações abrangidas pelo sigilo fiscal. Como isso, esta Comissão não pode acessar informações essenciais para o bom andamento dos seus trabalhos. Tampouco o TCU terá acesso a esses dados para poder dar pleno cumprimento à decisão emanada do STF. (Congresso Nacional, Parecer (CN) n.º 1, 2018, p. 12)

Quer dizer, além de não ter contribuído com dados relevantes na tentativa do Congresso Nacional de cumprir a decisão exarada na ADO n.º 25, a União Federal demonstrou uma postura preocupante em face aos demais poderes instituídos constitucionalmente. A expectativa é que este prazo não seja novamente prorrogado, e que os Estados e os Municípios possam ter uma nova perspectiva financeira em breve. Enquanto isso, os Estados não estão tendo outra alternativa senão aderir ao regime de recuperação fiscal imposto pelo Governo Central, o que limitará ainda mais a autonomia financeira e política dos demais entes federados.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 elegeu o princípio federativo como instituto elementar viabilizador do Estado Democrático de Direito, tanto é assim que o colocou sob a égide de cláusula pétreia.

Apesar do processo de redemocratização ter tentado evitar a centralização do Governo Federal ao colocar no texto constitucional condições para viabilizar a autonomia política e financeira dos entes federados, a União Federal promoveu movimento contrário aos ditames da Carta Magna.

Por meio de institutos tais como a Desvinculação de Receitas da União (DRU); Fundo Social de Emergência (FSE); a lei de concessões (Lei no 9.074/1995); a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Básica (LDB, Lei no 9.394/1996); a reforma administrativa promovida pela Lei Camata (LC no 82/1995) e pela Lei no 96/1999; e a Lei Kandir, a União encampou um movimento centralizador que desmantelou a descentralização constitucionalmente prevista, com o consequente enfraquecimento dos entes federados.

Além de não ter reembolsado os entes federados com as compensações devidas, o que foi determinado pelo art. 91 do ADTC, a União Federal impõe altas taxas de juros aos débitos federais, inviabilizando qualquer ente federado de atuar.

Que federalismo é este? Que cooperação é esta que existe entre os entes? É inviável qualquer atuação dos entes federados se estes não dispõem de recursos para tanto, e se são obrigados a cumprir os ditames da União Federal. Pacto federativo no papel não atende aos anseios de subsistência dos entes federados, pois estes precisam de autonomia financeira para poderem atuar e cumprirem com suas obrigações constitucionais, especialmente as que mais afetam a sociedade, tais como, segurança, saúde e educação.

O caminho ideal é que o pleito compensatório dos valores devidos a título de Lei Kandir com os débitos federais seja realizado, já que estudos demonstram que os Estados são credores da União Federal e esta não apresentou dados que demonstrasse o contrário. Tal solução colocaria o Estado de Minas Gerais em um patamar de salubridade financeira inimaginável, possibilitando uma atuação mais condizente com o previsto na CRFB/88.

REFERÊNCIAS

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *A Lei Kandir e a ofensa ao equilíbrio federativo*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 72, pp. 449-479, jan./jun. 2018a. Disponível em: <file:///C:/Users/natal_000/Downloads/1919-3643-1-SM.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2019, 18:33h.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. *As Relações Federativas e a Lei Kandir: em Busca de um acerto de contas*. Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.13, n.1, jan./dez., 2016, p. 77-104. Disponível em: <<http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/revistajuridica/revistajuridica2008/revista-age-2016.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2019, 10:19 h.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. *Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal: a Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 217, p. 157-180, jan./mar. 2018b. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p157>. Acesso em: 26.05.19, 17:19h.

BRASIL. *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/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2019, 19:55 h.

CONGRESSO NACIONAL. *Parecer (CN) nº. 1, de 2018*. Disponível em: <file:///C:/Users/natal_000/Downloads/ARQUIVO_PORTAL_CMELEIKANDIR_2786ComissaoESPComissaoCMELÉIKANDIR20180516.pdf>. Acesso em: 29 set 2019, 07:34h.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *O princípio federativo e a igualdade: Uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. Federalismo, justiça distributiva e royalties do petróleo*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. *O Colapso das Finanças Estaduais e a crise da Federação*. São Paulo: UNESP. IE – Unicamp, 2002.

PIMENTEL, Fernando Damata; NEVES, Sebastião Afonso Viana Macedo; TAQUES, José Pedro Gonçalves; DIAS, José Wellington Barroso de Araújo; FARIA, Robinson Mesquita de; MOURA, Confúcio Aires; LIMA, Jackson Barreto de. *Comissão Extraordinária de Acerto de Contas entre Minas e a União*. Dez/2017. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/export/sites/default/hotsites/2017/acerto-de-contas/documentos/relatorio-final-acerto-de-contas.pdf>>. Acesso em: 30 mai 2019, 19:37h.

RIANI, Flávio; ALBUQUERQUE, Célio Marcos Pontes de. *A Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir): Balanço de Perdas e Ganhos e Proposta de Mudança – O Caso de Minas Gerais*. Anais do IX Seminário sobre a Economia Mineira, p. 423-440- 2000. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/6520263.pdf>>. Acesso em: 27 mai. de 2019, 16:14h.

RIANI, Flávio; ALBUQUERQUE, Célio Marcos Pontes de. *Lei Kandir e a Perda de Receita do Estado de Minas Gerais*. Seminários do CEDEPLAR – 2008. Disponível em: http://www.cedeplar.ufmg.br/seminarios/seminario_diamantina/2008/

D08A032.pdf. Acesso em: 29 de maio de 2019. Acesso em: 27 mai. 2019, 19:35h.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inteiro teor do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 25*. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ, 30 nov. 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 18 ago. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039>>. Acesso em: 30 mai. 2019, 16:15 h.