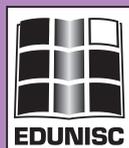


Organizadores:

Marli Marlene Moraes da Costa
Mônia Clarissa Hennig Leal
Rogério Gesta Leal
Jorge Renato dos Reis

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO
CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO
TOMO 4**



**AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO – TOMO 4**



Reitor
Vilmar Thomé
Vice-Reitor
Eltor Breunig
Pró-Reitora de Graduação
Carmen Lúcia de Lima Helfer
Pró-Reitor de Pesquisa
e Pós-Graduação
Rogério Leandro Lima da Silveira
Pró-Reitor de Administração
Jaime Laufer
Pró-Reitor de Planejamento
e Desenvolvimento Institucional
João Pedro Schmidt
Pró-Reitora de Extensão
e Relações Comunitárias
Ana Luiza Texeira de Menezes

EDITORA DA UNISC

Editora
Helga Haas

COMISSÃO EDITORIAL

Helga Haas - Presidente
Rogério Leandro Lima da Silveira
Cristina Luisa Eick
Eunice Terezinha Piazza Gai
José Martinho Rodrigues Remedi
Ricardo Hermany
Sérgio Schaefer
Wolmar Alípio Severo Filho



Avenida Independência, 2293
Fones: (51) 3717-7461 e 3717-7462 - Fax: (051) 3717-7402
96815-900 - Santa Cruz do Sul - RS

E-mail: editora@unisc.br - www.unisc.br/edunisc

Organizadores

Marli Marlene Moraes da Costa
Mônia Clarissa Hennig Leal
Rogério Gesta Leal
Jorge Renato dos Reis

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO TOMO 4**

Santa Cruz do Sul
EDUNISC
2012

© Copyright: Dos autores
1ª edição 2012

Direitos reservados desta edição:
Universidade de Santa Cruz do Sul

Capa: EDUNISC
Editoração: Clarice Agnes, Julio Cezar Souza de Mello

P769 As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo
[recurso eletrônico] : tomo 4 / organizadores: Marli
Marlene Moraes da Costa ... [et al.]. - Santa Cruz do Sul
: EDUNISC, 2012.

Dados eletrônicos.

Texto eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <www.unisc.br/edunisc>

1. Direito constitucional. 2. Política urbana. I. Costa, Marli
Marlene Moraes da, [et al.].

CDDdir: 341.2

Bibliotecária: Luciana Mota Abrão - CRB 10/2053

ISBN 978-85-7578-353-5

SUMÁRIO

O DIREITO DE AUTOR NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: RELAÇÕES E EQUILÍBRIOS COM O DIREITO À CULTURA, À EDUCAÇÃO E À INFORMAÇÃO	
<i>Adam Hasselmann Teixeira e Salete Oro Boff</i>	667
A ESCUTA E A PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM TOMADAS DE DECISÃO E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE	
<i>Ana Paula Motta Costa e Fernanda Barbosa Miragem</i>	681
POR QUE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO? ANALISANDO OS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO PARA A REPARAÇÃO DOS DANOS SOFRIDOS PELAS VÍTIMAS DO REGIME MILITAR BRASILEIRO	
<i>Denise Bittencourt Friedrich e Ianaiê Simonelli da Silva</i>	693
SOCIEDADE DE CONSUMO E BULLYING: APONTAMENTOS PRELIMINARES SOBRE O CONSUMISMO E A VITIMIZAÇÃO INFANTIL	
<i>Diego Bastos Braga, Mariana de Almeida Pfitscher e Vitor Hugo do Amaral Ferreira</i>	707
ESPAÇO URBANO NO BRASIL E O DIREITO À MORADIA: APONTAMENTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DA RACIONALIZAÇÃO DAS QUESTÕES DO ESPAÇO URBANO NO PAÍS	
<i>Eliane Fontana e Jorge Irajá Louro Sodré</i>	722
SUSTENTABILIDADE DO TRÂNSITO E MOBILIDADE URBANA: ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS FORMULADAS PARA O MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL	
<i>Fábio Scopel Vanin, Liane Pioner Sartori e Marcio Wildner</i>	741
DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA: A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS NA TEORIA DE AMARTYA SEM	
<i>Gilmar Antonio Bedin e Joice Graciele Nielsson</i>	757
NOVO SISTEMA INTERPRETATIVO DO DIREITO CIVIL	
<i>Jorge Renato dos Reis e Júlia Bagatini</i>	770
RESERVA LEGAL FLORESTAL: PERSPECTIVAS FRENTE ÀS MUDANÇAS NA LEI AMBIENTAL	
<i>Loacir Aosani e Daniel Dottes de Freitas</i>	786



A ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO IRPF SOBRE VALORES ACUMULADOS	
<i>Luana Figueiró Silva e Andrea Nárriman Cezne</i>	799
AS REDES DE GESTÃO LOCAL PARA IMPLIMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO A INFÂNCIA: UM OLHAR SOBRE O AGIR COMUNICATIVO	
<i>Marli M. M. da Costa e Daniela Richter</i>	812
O JUDICIÁRIO COMO INDUTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS: CUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL OU ATIVISMO JUDICIAL? – UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
<i>Mônia Clarissa Hennig Leal e Maitê Damé Teixeira Lemos</i>	831
A VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES PARA O SEU ENFRENTAMENTO EM PORTO ALEGRE	
<i>Monique Soares Vieira e Cláudia Machado</i>	848
DIMENSÕES DO PODER E POLÍTICAS PÚBLICAS: A NECESSIDADE DE ORGANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS PARA A CO-GESTÃO DE DEMANDAS PÚBLICAS PARA ATENDIMENTO DO PRESO	
<i>Renato Fioreze e Josiane Petry Faria</i>	860
OS DIREITOS HUMANOS E A CONCEPÇÃO DE EQUIDADE DE GÊNERO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO NO ESPAÇO LOCAL	
<i>Rosane B. Mariano da Rocha B. Terra e Quelen Brondani de Aquino</i>	872
O DIREITO DE BRINCAR: UMA ABORDAGEM ACERCA DA EDUCAÇÃO COMO MÉTODO TRANSFORMADOR DO SER HUMANO	
<i>Rosane Teresinha Carvalho Porto e Rodrigo Cristiano Diehl</i>	888
JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CHANCES PERDIDAS: UM EXAME PROCESSUAL VERAZ	
<i>Tássia Aparecida Gervasoni e Iuri Bolesina</i>	899
NEOCONSTITUCIONALISMO E PENSAMENTO CRÍTICO NO BRASIL: INTERFACES E DIÁLOGOS (NECESSÁRIOS) EM TEMPOS DE CRISE	
<i>Vladimir de Carvalho Luz e Viviane Candeia Paz</i>	918



O DIREITO DE AUTOR NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: RELAÇÕES E EQUILÍBRIOS COM O DIREITO À CULTURA, À EDUCAÇÃO E À INFORMAÇÃO

Adam Hasselmann Teixeira¹
Salete Oro Boff²

NOTAS INTRODUTÓRIAS

A propriedade intelectual se constitui em ferramenta indispensável ao desenvolvimento das sociedades. Dentre os ramos da propriedade intelectual, o direito de autor possui importância destacada no que diz respeito à veiculação de informações, à disseminação do conhecimento, da cultura e da educação.

Nesse contexto, o surgimento da *internet* foi um evento de grandiosas proporções, já que por meio dela as pessoas se comunicam instantaneamente e podem fazer veicular qualquer informação que entenderem pertinentes. Essa evolução, todavia, traz consigo problemas inerentes. No caso do direito de autor, a legislação nacional e alienígena vem sendo amplamente debatida a fim de se adaptar ao novo contexto tecnológico.

Com essas considerações, o presente estudo terá como objetivo (a) descrever a evolução da propriedade intelectual pelo mundo, trazendo um epítome histórico do seu caminho até os dias atuais, notadamente no que atine ao direito de autor, para então passar a (b) traçar um esboço conceitual acerca da *internet* e da sociedade da informação, para então, por fim, (c) analisar as relações e equilíbrios entre o direito à educação, à informação e à cultura e o direito autoral e como devem ser solvidos eventuais conflitos que se deem nesse âmbito. Para dar conta desses propósitos, os métodos de pesquisa utilizados foram o dedutivo e o monográfico, e a técnica da pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, e legislação.

Nesse particular, a partir da delimitação do tema, as questões que se colocam à discussão são as seguintes: quais os contornos do direito de autor levando-se em consideração a realidade trazida pela *internet* e a facilitação da disseminação da cultura, educação e informação? Como deve se dar a proteção dos direitos autorais no

1 Mestrando em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito de Autor - EDA, coordenado pelo Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. Pesquisador do Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual – GEDIPI, coordenado pela Prof^a Pós-Doutora Salete Oro Boff, ambos vinculados ao CNPq. Advogado.
E-mail: adam.hasselmann@hotmail.com

2 Pós-Doutora em Direito/UFSC. Doutora em Direito/UNISINOS. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Grupo de Pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social – Subgrupo: Políticas Públicas para a Inovação e a Proteção Jurídica da Tecnologia. Professora e Pesquisadora da IMED-Faculdade Meridional e Professora do IESA - Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo.



contexto da sociedade da informação quando em choque com interesses coletivos?

Apresenta-se como hipótese básica da presente pesquisa o desafio de se possibilitar o acesso aos direitos fundamentais na era da sociedade da informação sem que se deixe de observar os direitos autorais, garantindo assim o fomento à atividade criativa e, conseqüentemente, o desenvolvimento social da humanidade. Tudo isso, a partir do atendimento da função social da propriedade.

Dessa forma, o presente trabalho apresenta estimada relevância para a ciência jurídica, devido ao fato de que os assuntos relativos aos direitos autorais na era da *internet* têm sido alvo de destacadas discussões, sobretudo no que diz respeito às relações e equilíbrios entre a proteção dos autores e o direito à cultura, informação e educação.

Ademais, a abordagem se mostra relevante em razão de que permite a reflexão acerca de uma demanda social especialmente importante, qual seja a de se manter o incentivo à criação intelectual, à evolução da *internet* e à efetivação do acesso aos bens coletivos daí surgidos.

1 PROPRIEDADE INTELECTUAL: histórico e proteção de Gutemberg ao e-book

A propriedade do conhecimento é o diferencial entre os povos. Aqueles que detêm o conhecimento mantêm o domínio da tecnologia, subjugando os demais.³

Ao longo do tempo, desde a Antiguidade os povos que avançavam em suas técnicas usavam e usufruíam de modo exclusivo, proibindo o seu alcance pelos demais. A Idade Média, foi marcada pelo movimento Renascentista e pelo surgimento de uma leve proteção aos direitos dos autores de obras artísticas. Todavia, até então essa proteção se dava apenas no campo fático, pelo reconhecimento social que os autores obtinham, sendo por vezes tratados como artistas.

Até então, não havia efetivamente a necessidade de se tutelar os direitos autorais, haja vista que as cópias das obras eram caras e demoradas, já que realizadas manualmente, sendo que poucas pessoas sabiam ler.

A possibilidade de reprodução em grande escala das obras produzidas por estes “artistas” só foi vislumbrada por volta do ano 1400, quando o alemão Johann Gutemberg criou a impressão tipográfica. A partir de então se deu a industrialização do processo de cópia das obras e, por conseqüência, a necessidade de se criar uma patente para essa reprodução que, agora, se dava em grande escala.⁴

Juntamente com o surgimento da imprensa, a Revolução Industrial também serviu de mola propulsora para o mercado e a proteção dos direitos intelectuais passa a ser exigida pelos criadores.

Como se sabe, a proteção conferida aos direitos autorais passa também pelo reconhecimento da importância da propriedade intelectual como um todo. Nesse sentido, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual - OMPI define a propriedade

3 BOFF, Salete Oro. *A propriedade intelectual no agronegócio regional*. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Orgs.). *Propriedade intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 39.

4 EPPLÉ, Cristiane; et al. *A evolução histórica do direito de autor*. In: REIS, Jorge Renato dos; et al. *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 14.



intelectual como a soma dos direitos referentes

[...] às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.⁵

As obras artísticas produzem efeitos no mundo da percepção, da comunicação e da expressão, enquanto as invenções geram resultados no mundo material. No século XIX, surgem as Convenções União de Paris (1883) e de Berna (1886), as quais estabeleceram normas gerais de observância internacional para proteção da propriedade intelectual. Posteriormente, após a Segunda Guerra Mundial, altera-se a legislação internacional, com a criação de novos mecanismos de proteção, adaptados às profundas transformações sofridas no mundo. O resultado foi a criação de uma organização que reunia as questões relativas aos direitos de autor⁶ e conexos, assim como os direitos de inventor. A OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual – ocupa-se de administrar a Convenção União de Paris e de Berna.⁷

Mais recentemente, os países industrializados passam a exigir a revisão dos tratados, com o fim de dotá-los de mecanismos para impor deveres e sanções aos países membros, assim como criar meios para resolução de controvérsias surgidas no âmbito da propriedade intelectual. Surge o TRIPS – Acordo sobre aspectos do Direito de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio. Como parte dos Acordos e Convenções internacionais, os Estados-Partes adaptam suas legislações às previsões internacionais. O TRIPS tem por objetivo promover a redução das distorções e impedimentos ao comércio internacional; promover a efetiva e adequada proteção aos direitos de propriedade intelectual, e assegurar medidas e procedimentos de proteção aos direitos de propriedade intelectual, a fim de que não se tornem barreiras para o comércio legítimo; estabelecer novas regras para cumprimento dos direitos de propriedade intelectual, considerando a diversidade dos sistemas legais nacionais e garantir o princípio do tratamento nacional, pelo qual cada membro concederá aos nacionais dos demais Estados-Partes tratamento não menos favorável ao outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual. O tratado abrange o direito autoral e conexo, as patentes, as marcas, o desenho industrial, o segredo industrial e a concorrência desleal.⁸

5 SUIÇA. Organização mundial da propriedade intelectual. Genebra, Suíça. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

6 Na legislação brasileira, a matéria sobre os direitos autorais atualmente está disciplinada na lei 9.610, de 19.02.1998.

7 BOFF, Salette Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009.

8 BOFF, Salette Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009. p.42.



Os Tratados Internacionais, acerca do tema da propriedade intelectual, vinculam as legislações dos países que os ratificam, mesmo que não revelam o melhor interesse do país no âmbito da propriedade intelectual interna, beneficiando mais os interesses internacionais sobre a matéria.

No ordenamento jurídico brasileiro, o estabelecimento de regras garantindo os direitos sobre a propriedade intelectual não é recente. Note-se que, antes mesmo da independência, vigorava no país o Alvará de 1809, do Príncipe Regente Dom João VI, que estabelecia algumas regalias e privilégios de exclusividade àqueles que produzissem novas tecnologias para o mercado, como um benefício para a indústria e as artes. Em comunhão com outras normas posteriores a 1822, o Brasil passou a regulamentar a propriedade intelectual.⁹

A propriedade intelectual¹⁰ abrange o conjunto de direitos conferidos aos autores de obras oriundas do intelecto, conferindo-lhes um viés de propriedade. A propriedade intelectual, dessa forma, pode ser dividida em propriedade industrial¹¹ e direito de autor, além de outras formas *sui generis*. O primeiro abrange, por seu turno, as patentes, as marcas, os desenhos e modelos industriais e também a concorrência desleal. O segundo, diz respeito às obras de arte, à propriedade literária, científica e artística.

Como elementos comuns da propriedade intelectual, pode-se observar “a ‘ideia’ criativa que é protegida, a ‘imaterialidade’ do seu objeto (incorpóreo) e o tempo limitado da sua proteção, classificados para os efeitos do Código Civil como bens móveis (mobiliários).”¹²

Nesse sentido, o direito de autor contempla a proteção dos direitos autorais e também dos conexos¹³, ou seja, aqueles análogos a ele, uma vez que oferecem a

9 PIMENTEL, Luiz Otavio; BARRAL, Welber. *Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 13.

10 Nesse mesmo sentido, importante acrescentar o que ressalta a OMPI: “La propiedad intelectual (P.I.) tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio. La propiedad intelectual se divide en dos categorías: la propiedad industrial, que incluye las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de procedencia; y el derecho de autor, que abarca las obras literarias y artísticas, tales como las novelas, los poemas y las obras de teatro, las películas, las obras musicales, las obras de arte, tales como los dibujos, pinturas, fotografías y esculturas, y los diseños arquitectónicos. Los derechos relacionados con el derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones y ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión”. SUIÇA. Organização mundial da propriedade intelectual. *¿Qué es la propiedad intelectual?*. Genebra, Suíça. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

11 A Lei 9.279, de 14.05.1996, disciplina essa matéria.

12 PIMENTEL, Luiz Otavio; BARRAL, Welber. *Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 18.

13 Nesse sentido, importa referir que o viés moral do direito de autor é aquele que diz com o reconhecimento do autor como tal. O direito moral é eterno. O patrimonial diz com o patrimônio, com os ganhos advindos da obra. No Brasil, atualmente, existe a previsão de proteção da obra até 70 anos após a morte do autor, contados estes do dia 01 de janeiro do ano posterior ao falecimento, conforme redação do art. 41 da lei de direitos autorais: **Art. 41.** Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo.



mesma exclusividade¹⁴.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil prevê, em seu artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII¹⁵, o direito exclusivo dos autores sobre as suas criações, podendo protegê-las e explorá-las economicamente.

Tamanha foi a deferência dada aos direitos autorais que estes foram elencados pelo legislador constituinte no artigo que contempla os direitos e garantias fundamentais do povo brasileiro. Essa relevância se dá em função de que, por meio do fomento à produção literária, por exemplo, se está estimulando também o crescimento intelectual da sociedade e o acesso à cultura, de modo que, assim, a propriedade sobre as obras atenderá à sua função social, consoante prevê o art. 5º, XXIII¹⁶ da Carta Magna.

A normatização do direito autoral está prevista na Lei nº 9.610/98 e compreende, basicamente: as obras literárias, artísticas ou científicas; conferências, composições musicais, obras audiovisuais, sonorizadas ou não, obras cinematográficas, pinturas, gravuras, esculturas, litografia, ilustrações, projetos, adaptações, traduções, coletânea ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, base de dados e outros.

Ocorre, todavia, que a evolução dos direitos autorais no campo fático e legal, cujos marcos principais são aqui tratados como a invenção da imprensa por Gutemberg¹⁷ e o advento, nos dias atuais, do livro eletrônico (*e-book*), este notadamente em razão da disseminação da *internet*, trouxeram à tona alguns desafios ao operador do direito, haja vista que a tecnologia evoluiu a um passo muito mais largo do que a normatização a respeito dos direitos autorais.

2 O DIREITO À CULTURA, À EDUCAÇÃO E À INFORMAÇÃO: relações e equilíbrios com o direito de autor na sociedade da informação

Como se vê, os direitos autorais, antes outorgados aos “artistas”, a fim de que esses pudessem auferir alguns prestígios ou ganho financeiro, com o objetivo último de que se sentissem instigados a permanecer criando, hoje enfrentam uma realidade

14 Nesse sentido o texto de Salete Oro Boff: “Esse direito garante aos autores exclusividade de utilizar, fluir e dispor da obra literária, artística ou científica, dependendo de autorização prévia e expressa do mesmo, para que a obra seja utilizada, por quaisquer modalidades, dentre elas a reprodução parcial ou integral.” BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009. p.40.

15 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:

[...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

16 XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

17 Na presente pesquisa, optou-se pela utilização da invenção da prensa por Gutemberg e a disseminação da *internet* com a posterior criação do *e-book* a fim de melhor situar o leitor dentro do período histórico que se pretendeu trabalhar.



bastante diferente.

A sociedade dos anos 1400, quando da invenção da prensa por Gutemberg, não pode ser comparada com a sociedade atual, onde ganha força cada vez maior a tecnologia, essa que, para os fins do presente trabalho, é representada notadamente pela *internet* e pelo advento do *e-book*.

A *internet* teve seu início em 1969, como parte de um projeto de interesse militar. Acerca de sua progênie, importante considerar o seguinte:

[...] de seu início militar, a rede migrou para um sistema de intercomunicação de interesse da pesquisa científica, permitindo acesso a grandes computadores por todos os participantes de seu sistema. Na época, como agora, uma rede local de uma universidade se ligava muitas vezes por linha telefônica dedicada, mas também pela comum, a outras redes de outras universidades na mesma região ou não, e o acesso à informação se dava por qualquer dos caminhos da teia. Assim, uma mensagem entre duas cidades contíguas pode circular por regiões distantes, até mesmo pelo outro lado do mundo, em questões de segundos. Mesmo partes de mensagens, que são separadas em pequenos pacotes, podem circular por caminhos diversos, sendo reunidas no destino, conforme haja congestionamento nas rotas do fluxo.¹⁸

Deste início ainda comedido, a *internet* evoluiu para o que hoje todos conhecem. Há que se consentir, nesse sentido, tratar-se de uma evolução de proporções imensas:

a *Internet* não é um local físico: como uma rede gigante que conecta grupos inumeráveis de computadores interligados, é uma rede de redes, constituindo um lugar virtual sem fronteiras físicas nem correlação com o espaço geográfico.¹⁹

A *internet* foi um marco de inovação tecnológica sem precedentes. Por meio dela é possível estabelecer uma grande teia mundial de comunicação, informação e conhecimento. A *internet* provavelmente foi o maior acontecimento e símbolo da globalização, porquanto foi capaz de ultrapassar os limites territoriais das nações e estabelecer um meio de comunicação universal entre os povos.²⁰

Também foi com a evolução e disseminação da *internet* que surgiu o termo “sociedade da informação”. Sobre o tema ensina Ascensão²¹:

concentremo-nos agora na sociedade da informação, que tem como instrumento nuclear a *Internet*. Esta última foi objeto de profunda e rápida metamorfose: nascida militar, passou a rede científica desinteressada, depois a meio de comunicação de massas, para se

18 BARBOSA, Denis Borges e JESSEN, Nelida Jabik. *O uso livre de música encontrada na internet*. Revista de direito autoral: São Paulo, ano I, n. II, fevereiro de 2005. p. 156.

19 BARBOSA, Denis Borges e JESSEN, Nelida Jabik. *O uso livre de música encontrada na internet*. Revista de direito autoral: São Paulo, ano I, n. II, fevereiro de 2005. p. 155-156.

20 BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumin Juris, 2007. p. 41.

21 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Sociedade da informação e mundo globalizado*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GLOBSOCI.pdf>. Acesso em: 04 abr. de 2012. p. 10 -11.



tornar hoje veículo comercial. Nessa evolução, a informação, que seria o seu conteúdo, vai mudando de natureza.

Passa a abranger qualquer conteúdo de comunicação – de maneira que melhor seria inclusive falar-se em sociedade da comunicação -, e a própria informação se degrada. O saber transforma-se em mercadoria, o conhecimento livre torna-se em bem apropriável. É cada vez mais objeto de direitos de exclusivo, que são os direitos intelectuais. Estes, por sua vez, são cada vez mais dissociados dos aspectos pessoais para serem considerados meros atributos patrimoniais, posições de vantagem na vida econômica. A mercantilização geral do direito intelectual é um fato. E uma manifestação flagrante está no fato de a entidade que é hoje decisiva na disciplina dos direitos intelectuais não ser nem a Unesco nem a OMPI, mas a Organização Mundial do Comércio – e isso, tanto no que se refere ao direito de autor e ao direito da informática, quanto aos direitos industriais. São antes de mais nada objeto do comércio internacional.

Devido à abrangência que possui o direito autoral, a sua proteção vem sendo largamente discutida mundialmente, notadamente após o advento e a disseminação da *internet* tal como se tem hoje, quando se chega a falar em uma “sociedade da informação”. As discussões se centram, com maior relevância, na questão que diz com o grau de proteção que é assegurada aos autores e, também, a que ponto a proteção tal como hoje se dá contribui para o crescimento da sociedade como um todo.

Em contrariedade com o que, em época passada, sustentava Bogsh, não se pode mais conceber a função cultural, econômica e até mesmo cultural do direito de autor como sendo aquela em que se confere maior proteção aos autores como forma de estimulá-los a produzir mais:

[...] a experiência prova que o enriquecimento do patrimônio cultural nacional depende diretamente do nível de proteção assegurada às obras literárias e artísticas; quanto mais elevado este nível, mais encorajados de criar serão os autores; quanto mais criações intelectuais houver no domínio literário e artístico, mais crescerá a importância dos auxiliares destas produções que são as indústrias do espetáculo, do disco e do livro e, finalmente, o encorajamento da criação intelectual constitui uma das condições primordiais de toda a promoção social, econômica e cultural.²²

Ou seja, o que se tem hodiernamente mantém a ótica pela qual os direitos autorais eram analisados por Bogsh. Qual seja, a de se utilizar o conhecimento como forma de diferenciação social, sendo que em tempos passados a grande tecnologia era representada pela cópia massiva das obras por meio da prensa, e hoje, em termos intelectuais, pode ser representada pelo advento da *internet* e do livro eletrônico (*e-book*).

Com o advento da *internet*, a sociedade contemporânea se viu enredada em um

²² HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino*. 2 ed. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 30.



slogan comumente mencionado quando o assunto são os direitos autorais, trata-se da famigerada *sociedade da informação*. Ascensão analisa esse termo com cuidado:

“Sociedade da informação” não é um conceito técnico: é um *slogan*. Melhor sealaria até em *sociedade da comunicação*, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação.²³

A *internet*, intrinsecamente ligada à sociedade da informação, como rede de redes em nível mundial, representa o molde mundial das autoestradas da comunicação. No seu passado foi fundamental para a rápida adaptação dos usuários ao sistema. No seu presente, é um meio imprescindível de comunicação, cujas potencialidades aumentam dia a dia.²⁴

Essa nova realidade trazida pela *internet* deve ser absorvida pelo operador do direito, a fim de que a visão agora ultrapassada de que a proteção hermética dos autores levará ao crescimento da sociedade como um todo seja modificada.

Ou seja, em que pese a *internet* tenha aberto os caminhos que ligam as obras aos navegadores – leia-se sociedade de modo geral –, não há como se conceber a ideia de manutenção de um direito autoral hermético, tal como se dava, notadamente, antes do advento da rede mundial de computadores.

Hodiernamente, deve-se trabalhar com a percepção de que, se a sociedade evoluiu, o direito deve acompanhá-la, haja vista que deve estar atento aos novos fatos e aos novos caminhos tomados, amoldando-se a eles.

Não há que se pensar em um direito de autor alheio a tais mudanças. A *internet* e a sua disseminação e facilidade de acesso são uma realidade da qual não se pode mais fugir. Tem-se, diante disso, é que buscar instrumentos que prestigiem no maior grau possível os bens de relevante valor social, fazendo com que haja o menor prejuízo possível daquele que se afastar.

Ora, conforme acentua Ascensão²⁵, não existe qualquer “direito “absoluto”, no sentido de insuscetível de qualquer limitação; e o direito de autor também não o é” sendo que “todo direito é um complexo de poderes e deveres em que as várias finalidades se ajustam no sentido da sua composição ótima”.

Atualmente não há mais espaço para a concepção individualista e eminentemente patrimonial do direito de autor. A realidade atual mostra que a sociedade da informação está inserida num novo contexto, onde se dá maior ênfase a outros interesses ligados ao direito de autor, tais como o direito à cultura, à educação e à própria informação.

portanto, o viés individualista que historicamente marcou o Direito de Autor, onde se destacam os aspectos patrimonial e moral do autor, respectivamente na exploração econômica da obra e na proteção da personalidade de autor, deve ser adequado à nova realidade social

23 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade de informação*. Rio de Janeiro: FORENSE, 2002. p. 71.

24 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade de informação*. Rio de Janeiro: FORENSE, 2002. p. 98.

25 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade de informação*. Rio de Janeiro: FORENSE, 2002. p. 135.



e jurídica do País, onde se exige de todos os institutos jurídicos, muito especialmente dos institutos privados, uma funcionalidade social, no caso do Direito de Autor, de forma que atenda aos direitos fundamentais da sociedade à educação, à cultura e à informação, com uma maior possibilidade de acesso às obras.²⁶

Nesse sentido, naquilo que também se pode chamar de “economia do conhecimento, a informação possui destacada pertinência, visto que “parte-se do pressuposto de que a informação é parte importantíssima a toda atividade humana, em todas as sociedades e épocas”²⁷. Carvalho²⁸ define direito de informação nos seguintes termos:

[...] sub-ramo do direito civil, com assento constitucional, que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa, sua voz ou sua imagem, à coisa, a serviço ou a produto, para um número indeterminado e potencialmente grande de pessoas, de modo a poder influir no comportamento humano e a contribuir na sua capacidade de discernimento e de escolha, tanto para assuntos de interesse público, como para assuntos de interesse privado, mas com expressão coletiva.

Note-se que o direito à informação, que dá nome ao atual *slogan* atinente aos direitos autorais, tem relação íntima com estes, uma vez que a ideia do autor, ao ser materializada em uma obra, passa a existir fática e juridicamente, de modo que ao direito caberá a regulação do triângulo formado por autor, obra e consumidor.

Acerca da funcionalização do direito de autor, a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXII e XXIII²⁹, prevê que toda a propriedade deve atender à sua função social. Propriedade que é, o direito autoral não deixa de ser incluído nessa regra. A Constituição ainda prevê ao autor a garantia fundamental para o seu exercício de

26 REIS, Jorge Renato dos. *O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. (Org.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 159.

27 ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 241.

28 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 144.

29 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;



criação, assim dispondo em seu art. 5º, XXVII³⁰ e XXVIII, b³¹, direitos esses que devem ser lidos, sempre, com vistas ao atendimento do comando contido no inciso XXIII do art. 5º, da CF.

Como tudo isso, quer o legislador constituinte dizer que o direito autoral não pode ser concebido como um valor absoluto e acima de todos os demais direitos envolvidos pelas obras que são o seu objeto de proteção. De acordo com o caso concreto, haverá interesses sociais que, por sua natureza e importância, poderão subjugar a proteção conferida aos direitos autorais. São exemplos disso o direito à informação, à educação e à cultura.

“Ou seja, em razão da funcionalização do direito de autor, esse deve ser visto sempre com olhos voltados à sua maior concretização no âmbito coletivo, conciliando o interesse privado do autor com o interesse social”³², sempre tendo em conta que o direito de autor possui várias funções sociais intrínsecas, vez que

está umbilicalmente ligado à consecução de uma sociedade mais justa, especialmente a partir da liberdade de expressão como princípio constitucional consagrado no ordenamento político-constitucional pátrio, e, ainda, do necessário acesso da população à educação, à cultura e à informação como direitos indispensáveis à dignidade humana e à cidadania plena. Não há como negar que, se por um lado ele – o Direito Autoral – deve possibilitar aos titulares a melhor forma de remuneração e de exploração de suas criações, por outro deve maximizar os benefícios sociais, de modo a atingir o maior número possível de pessoas.³³

No âmbito da *internet*, que consoante já asseverado promoveu uma revolução sem precedentes em termos de disseminação de informação e, dependendo do uso que lhe é destinado, também de educação e cultura, o direito de autor deve ser contemplado como instrumento para a construção de uma sociedade que não seja impedida de crescer em razão de barreiras que impeçam o desenvolvimento social.

Nesse sentido, e considerando os ditames da função social da propriedade,

30 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: [...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

31 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: [...]

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: [...]

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

32 TEIXEIRA, Adam Hasselmann; BRANDT, Fernanda. O direito de autor e o acesso à cultura: conciliando interesses públicos e privados numa perspectiva civil-constitucional. In: BOFF, Salete Oro, et al. (Coord.). *O direito na era digital: as novas tecnologias de informação e de comunicação*. Passo Fundo: IMED, 2011. p. 131.

33 ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Direito autoral e interesse público: uma breve discussão preliminar, à guisa de provocação. In: BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otavio. (Orgs.) *Propriedade intelectual, gestão da inovação e desenvolvimento: patentes, marcas, software, cultivares, indicações geográficas, núcleos de inovação tecnológica*. Passo Fundo: IMED, [?]. p. 83-84.



tem-se que, em determinados casos, deve-se admitir que o direito de autor sofra limitações pontuais, a fim de observar e efetivar a sua função social, consistente no seu manejo conciliando os interesses em jogo e de modo que no caso concreto prevaleça o interesse coletivo. Significa dizer que o interesse coletivo deve ser tratado com maior destaque em relação ao privado, já que assim se estará beneficiando toda uma coletividade, e não apenas o indivíduo que financeiramente obtém vantagem com a criação.

Ao fim e ao cabo, o que se pretende com a proteção conferida ao direito de autor reside na sua própria origem, porquanto surge justamente para tutelar os direitos daqueles que, por meio das obras oriundas do seu intelecto, agregam e divulgam conhecimento, cultura e informação para a sociedade. Esta é uma questão imanente às criações humanas, que nascem com o objetivo social de difundir conhecimentos, cultura e promover o desenvolvimento econômico e humano de uma nação, ou até mesmo do mundo, já que esse processo é facilitado pela *internet*.³⁴

Tendo em vista o caráter de propriedade dos direitos autorais, Adolfo, citando Gustavo Schreiber, traz a ideia civilista de que de fato a ideia de poder inviolável do proprietário se encontra ultrapassada:

“[...] a construção teórica historicamente conquistada a partir dos interesses sociais geraram uma remodelação de estrutura do direito de propriedade, que passa a ser visto não mais como direito absoluto ou “poder inviolável e sagrado” do proprietário, mas como situação jurídica subjetiva complexa em que se inserem os direitos, deveres, ônus e obrigações. Nesse circundar, a própria prática mostra os reflexos do conflito entre a ultrapassada concepção individualista da propriedade e a atual funcionalização a interesses sociais”.³⁵

Consoante se observa dessa lição, a propriedade possui uma função que deve atender, à já mencionada função social, que é inerente também ao direito de autor. Na prática, é cediço o entendimento de que esta é uma construção inacabada, todavia de extrema importância no âmbito do constitucionalismo contemporâneo. Ou seja, “o autoralista não pode esquecer, jamais, de conectar as normas e os princípios do direito autoral na normatividade constitucional, fazendo com que esse ramo do direito esteja a serviço dos direitos e garantias fundamentais”³⁶, tais como o direito à educação, à comunicação e à informação.

É justamente nesse equilíbrio que deve se pautar as relações entre direito de autor de um lado, e direito à cultura, à educação e à informação de outro. Ou seja, na relação entre esses direitos, não se deve ter como premissa a sobreposição de um em detrimento de outro. Os valores devem, sim, coexistir com vistas ao que melhor

34 Para melhor entendimento da questão, sugere-se a seguinte obra: TEIXEIRA, Adam Hasselmann; BRANDT, Fernanda. O direito de autor e o acesso à cultura: conciliando interesses públicos e privados numa perspectiva civil-constitucional. In: BOFF, Salete Oro, et al. (Coord.). *O direito na era digital: as novas tecnologias de informação e de comunicação*. Passo Fundo: IMED, 2011.

35 ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 308-309.

36 MORAIS, Rodrigo. Direito fundamental à temporalidade (razoável) dos direitos patrimoniais de autor. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 255.



resultado terá para a sociedade como um todo, e não para determinados grupos ou para aquilo que maior lucratividade irá gerar.

Ao fim e ao cabo, tem-se que a função social do direito de autor é a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a proteção do direito exclusivo do autor em equilíbrio com o maior acesso coletivo às obras intelectuais.³⁷ Durante todo o tempo de vigência do direito de autor o seu conteúdo deve ser moldado de maneira que a satisfação dos seus objetivos se faça com o menor prejuízo possível de outras finalidades, nomeadamente de ordem social.³⁸

É evidente que a cultura se forma a partir da aglomeração de informações que são veiculadas, da disseminação do conhecimento e da facilitação do acesso a ele, num processo contínuo e infundável. A *internet*, nesse sentido, é de precípua importância, já que rompe com as barreiras territoriais das nações e democratiza o acesso e a efetivação de muitos direitos fundamentais, de modo que o direito de autor deve se adaptar a essa nova realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa foi alinhavada objetivando o enfrentamento das questões trazidas nas Notas Introdutórias. Quanto aos contornos atuais do direito de autor, levando-se em consideração a realidade trazida pela *internet* e a facilitação da disseminação da cultura, educação e informação, bem como de que modo deve se dar a proteção dos direitos autorais no contexto da sociedade da informação quando em choque com interesses coletivos, demonstrou-se que o advento e a massificação da internet foi um acontecimento de grande impacto nos direitos autorais, porquanto democratizou a comunicação e a veiculação do conhecimento, da informação e da cultura, devendo a legislação a respeito do tema sofrer uma adaptação – ao menos no que diz com a sua interpretação – a fim de privilegiar os interesses sociais envolvidos, em detrimento do interesse privado, conforme dita o ideário constitucional da função social da propriedade.

Tratou-se, nesse ponto, da necessidade inarredável da promoção de mudanças na ótica pela qual são vistos os direitos autorais. Mais precisamente, tratou-se da exigência de efetivação da função social da propriedade, que nos direitos autorais, pode ser concebida como a disseminação da cultura, educação e informação, dentre outros.

Ante todo o exposto, percebe-se um enorme avanço na sociedade contemporânea no que diz com a disseminação da informação e, por vezes, do conhecimento, de modo que não se pode admitir que barreiras como aquelas antes existentes com vistas à proteção das obras artísticas e literárias impeçam esse acesso pela sociedade que, por meio do advento e da disseminação da internet, viu-se finalmente investida de possibilidades para concretizar o direito à cultura, à educação e à informação.

37 PIRES, Eduardo; BOFF, Salete Oro. *A função social do direito de autor*. In: REIS, Jorge Renato dos; et al. Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo. Curitiba: Multideia, 2011. p. 105.

38 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade de informação*. Rio de Janeiro: FORENSE, 2002. p. 135.



REFERÊNCIAS

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Direito autoral e interesse público: uma breve discussão preliminar, à guiza de provocação. In: BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otavio. (Orgs.) *Propriedade intelectual, gestão da inovação e desenvolvimento: patentes, marcas, software, cultivares, indicações geográficas, núcleos de inovação tecnológica*. Passo Fundo: IMED, [?].
- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade de informação*. Rio de Janeiro: FORENSE, 2002.
- _____. *Sociedade da informação e mundo globalizado*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GLOBSOCI.pdf>. Acesso em: 04 abr. de 2012.
- BARBOSA, Denis Borges e JESSEN, Nelida Jabik. *O uso livre de música encontrada na internet*. Revista de direito autoral: São Paulo, ano I, n. II, fevereiro de 2005.
- BOFF, Salete Oro. *A propriedade intelectual no agronegócio regional*. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Orgs.). *Propriedade intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- _____. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009.
- BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumin Juris, 2007.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- EPPLE, Cristiane; et al. *A evolução histórica do direito de autor*. In: REIS, Jorge Renato dos; et al. *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.
- HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino*. 2 ed. São Leopoldo: Unisinos, 1998.
- MORAIS, Rodrigo. Direito fundamental à temporalidade (razoável) dos direitos patrimoniais de autor. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PIMENTEL, Luiz Otavio; BARRAL, Welber. *Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007.
- PIRES, Eduardo; BOFF, Salete Oro. *A função social do direito de autor*. In: REIS, Jorge Renato dos; et al. *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.
- REIS, Jorge Renato dos. *O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social*. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. (Org.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro:



Lumen Juris, 2008.

_____; PIRES, Eduardo. Direito de autor funcionalizado. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011,

SUIÇA. Organização mundial da propriedade intelectual. *¿Qué es la propiedad intelectual?*. Genebra, Suíça. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Organização mundial da propriedade intelectual. Genebra, Suíça. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

TEIXEIRA, Adam Hasselmann; BRANDT, Fernanda. *O direito de autor e o acesso à cultura: conciliando interesses públicos e privados numa perspectiva civil-constitucional*. In: BOFF, Salete Oro, et al (Coord.). *O direito na era digital: as novas tecnologias de informação e de comunicação*. Passo Fundo: IMED, 2011.



A ESCUTA E A PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM TOMADAS DE DECISÃO E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Ana Paula Motta Costa¹
Fernanda Barbosa Miragem²

1 INTRODUÇÃO

Toda criança também quer ser escutada [...] No silêncio das crianças há um programa de vida: sonhos. É dos sonhos que nasce a inteligência. A inteligência é a ferramenta que o corpo usa para transformar os seus sonhos em realidade. É preciso escutar as crianças para que a sua inteligência desabroche [...] A escuta bonita é um bom colo para uma criança se assentar...³

Em “A arte de ouvir”, Rubem Alves nos mostra a importância de se escutar as crianças para que sua inteligência desabroche e as permita inserir no real seus sonhos, de onde nasce essa mesma inteligência. Ao ser escutada, é permitido à criança colocar em prática seu programa de vida, inserindo-a como protagonista do exercício de seus sonhos e planos, não sendo mera espectadora. Em seu texto, o autor delicadamente nos apresenta a dura realidade de nossa incapacidade de ouvir, traduzindo o uso da palavra como um jogo de poder, em nossas tentativas de se “apossar do ouvido” do outro.

No trabalho com crianças e adolescentes, muitas vezes, fica evidenciada nossa incapacidade de ouvir. Escondendo-nos através de justificativas como a necessidade do exercício da autoridade e da imposição de limites, procuramos desculpas, muitas vezes usando a bem intencionada justificativa de defesa do princípio do “melhor interesse da criança”⁴. Mas, afinal, quem nos diz qual seria esse melhor interesse? A quem se autoriza eleger, entre tantos, o melhor ou o maior?

Dessa forma, neste artigo pretende-se iniciar uma reflexão a fim de desconstruir

- 1 Advogada, Socióloga, Doutora em Direito PUC/RS; Mestre em Ciências Criminais PUC/RS; Professora dos Cursos de Direito do Centro Universitário do IPA e da UFRGS; Professora e Pesquisadora da IMED/Passo Fundo; Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. anapaulamottacosta@gmail.com
- 2 Psicóloga, Pós-Graduada em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Foi coordenadora de programas sociais voltados ao público adolescente, e coordenadora técnica de implantação de medidas socioeducativas em meio aberto no Rio Grande do Sul, pelo Programa RS Socioeducativo. fernanda.miragem@gmail.com
- 3 ALVES, Rubem. *A arte de ouvir*. Disponível em: <<http://www.rubemalves.com.br/aartedeouvir.htm>> Acesso em 10 de janeiro de 2012.
- 4 Utiliza-se no presente trabalho a nomenclatura adotada pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que considera criança como toda pessoa entre zero e dezoito anos de idade.



nossa naturalidade em agir em nome de um suposto melhor interesse. Ainda, pretende-se refletir acerca das possíveis consequências e relações com o princípio de participação de crianças e adolescentes em questões que envolvam as suas vidas e políticas a elas voltadas. Para isso, propomos pensar de que forma podemos relacionar os princípios do maior interesse da criança, presente na Convenção sobre os Direitos da Criança, com o de participação, e suas repercussões práticas no contexto brasileiro.

2 MELHOR INTERESSE, PARTICIPAÇÃO E A ESCUTA DE SUJEITOS DE DIREITOS

Mas afinal, qual seria o melhor interesse do qual estamos falando? De acordo com o art. 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança:

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

Luciano Rossato, Paulo Eduardo Lépure e Rogério Cunha, citando o jurista Humberto Ávila, entendem o princípio do “interesse superior da criança e do adolescente” como postulado normativo, que “[...] não prescrevem imediatamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos”⁵. Ou seja, o princípio em questão atua como norteador para a aplicação dos demais preceitos normativos que se referem ao direito da criança e do adolescente. Assim, por estar presente na Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pelo Decreto legislativo nº 28, de 26 de janeiro de 1990, e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, apresenta-se como norma de cumprimento obrigatório. Ao discutir o tema, Tânia da Silva Pereira conclui que não há orientação uniforme sobre o que seria o melhor interesse, fazendo uma diferenciação entre os conceitos, quantitativo – maior interesse – presente na tradução oficial brasileira da Convenção, e o qualitativo – melhor interesse – presente no texto original, em inglês, pelo qual a autora opta. Dessa forma, a autora afirma que “interpretar uma lei ou um princípio de Direito é revelar o seu sentido apropriado para a vida real”⁶ e conclui que este desafio “exigirá do jurista a descoberta de subsídios básicos para estabelecer, em face das profundas mudanças ocorridas, uma orientação coerente diante das questões que se apresentam.”⁷. Ao discorrer sobre o tema, a autora ainda afirma estar em busca de orientações para colocar em prática dois paradigmas: a assunção da criança e do adolescente como sujeito de direitos e a implantação do princípio do melhor interesse. Ora, ao assumir a criança e o adolescente como sujeito de direitos estamos assumindo também sua

5 ÁVILA, 2006, apud, ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 80.

6 PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 23.

7 Ibid., p.22.



capacidade de expressar suas opiniões e dando voz e escuta para apresentar e discutir seus próprios interesses. Dessa forma, a escuta requer o reconhecimento de quem fala como sujeito, tratando-se de uma configuração de uma opção política de descentralização do poder, de construção coletiva e participação, baseadas na perspectiva do diálogo⁸.

Assim, ao falarmos em sujeitos de direitos, também falamos em subjetividades, conceito de Félix Guattari que fala de formas de pensar, perceber, sentir e agir no mundo, como produção histórico-social, porém percebida e vivida em existências particulares. O modo como os indivíduos vivem essa subjetividade varia entre dois extremos, sendo de um lado a alienação e a opressão, quando o indivíduo vive a subjetividade tal qual a recebe, e de outro lado a vivência através da criação e expressão, que se dá quando o indivíduo, ao reapropriar-se dos componentes da subjetividade, produz um processo denominado pelo autor como “singularização”⁹. Dessa forma, ao participar ativamente dos processos decisórios que influenciam em sua vida e em suas relações com o mundo, é possível influenciar não apenas o seu destino como o da coletividade. Para Jurandir Freire, isso é possível porque a consideração com a fala do outro, pode ser considerada como reconhecimento de um sujeito capaz, nesse sentido, um reconhecimento político.

Também consideramos a multiplicidade de opiniões que devem não apenas ser escutadas, mas que possam efetivamente contribuir nos processos decisórios. Kay Tisdall, ao analisar o processo de participação de crianças e adolescentes no Reino Unido, apresenta pesquisa que traz entre seus resultados o dado que crianças apresentavam desinteresse em atividades que tinham como finalidade a participação, quando esta era considerada pelas crianças como apenas simbólica. Nesse sentido, Paulo Carrano, ao discutir a noção de participação através da análise de outros autores, aborda os dois sentidos que a mesma pode carregar: o forte e o fraco. Enquanto o primeiro fala de formas e processos de engajamento com poder de impacto nas tomadas de decisão de maneira a afetar a vida do sujeito, o segundo, mais próximo da participação “simbólica” percebida pelas crianças entrevistadas por Kay Tisdall, envolve formas atenuadas de decisão que não causam interferência na vida, pensados dentro de um cenário de busca de consenso e de promoção de ajustes já intencionados pelos poderes dirigentes, sejam grupos ou instituições. Estes,

necessitam conquistar adesão de seus membros e para isso promovem essa participação de ajustamento como canal para a promoção de **mudanças verticalmente concebidas**. Diferentes formas, espaços e tempos de participação de baixo impacto nas decisões podem ser encontrados no âmbito das famílias, dos ambientes de trabalho, da escola, das mídias, dos mercados e em muitos espaços públicos

8 O tema é discutido em maiores detalhes em: COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

9 Para saber mais sobre o tema, GUATTARI, Félix; ROLNICK, Suely. *Micropolítica: cartografias do desejo*. 11ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.



concebidos por governos para a - participação juvenil.¹⁰

Ao analisar as políticas voltadas para a juventude em diferentes regiões do país e em diferentes momentos, o autor pôde constatar que, nos últimos anos, as políticas públicas ofereceram muito mais aquilo que se intuiu como necessidades dos jovens do que apresentam esforços para indagar ou provocar processos baseados no diálogo, a fim de que os próprios jovens construíssem suas demandas. Nesse sentido, o autor ainda sinaliza para a necessidade de abertura de espaços para que os jovens possam falar sobre o que precisam ou podem fazer, por si, e pela coletividade, e não apenas analisar projetos préconcebidos pela lógica dos adultos.

Dentro da participação infanto-juvenil nas políticas públicas, Kay Tisdall ainda indica em suas pesquisas¹¹ que a participação, muitas vezes, não era realizada de forma igualitária, mostrando níveis de participação distintos conforme a situação financeira ou a “popularidade” das crianças em comparação com as demais. Na mesma publicação, Udi Butler e Marcelo Princeswal, ao pesquisar a participação de jovens, suas percepções e práticas em grupos, encontram em alguns grupos e indivíduos o que denominam como “solidão”, identificado como sendo o sentimento de não ser apoiado. Tal sentimento derivaria da “falta de espaços e oportunidades para o encontro, onde os jovens possam trocar e refletir em conjunto sobre a sociedade em que estão inseridos, e sobre como se posicionar frente a elas.”¹²

Sobre a criação desses espaços, Nick Lee reconhece como um “lugar” virtual a própria Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que se constitui simbolicamente em um conjunto de promessas a fim de proporcionar proteção a todas as crianças do planeta, tanto do presente como do futuro, devendo ao mesmo tempo ser global, mas sem se perder na abstração. Dessa forma, o autor acredita que alguns artigos da Convenção tornaram-se ambíguos quanto ao “status” da criança, não se referindo a ela como ser humano ou em “processo de vir-a-ser humano”, coexistindo a criança sujeito de direitos com a criança governada em nome de seu futuro e do “futuro da nação”. Para o autor, ao manter a ambiguidade por tratar-se de uma regulamentação global, a ser respeitada e considerada pelos países que a ratificaram, a Convenção divide o “fardo da ambiguidade da infância”¹³ da responsabilidade de pensar sobre a voz das crianças, aos países signatários. Dessa

10 CARRANO, Paulo. A participação social e política de jovens no Brasil: considerações sobre estudos recentes. In: RIZZINI, Irene; NEUMANN, Mariana Menezes; GADDA, Andressa (Ed.). *Participação Infantil e Juvenil: Perspectivas Internacionais*. Rio de Janeiro, 2011, p. 78. Disponível para download em: <<http://www.ciespi.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=33>> Acesso em 11 de janeiro de 2012., Grifo nosso

11 Ver mais detalhes em TISDALL, Kay. Participação de crianças e adolescentes: Dilemas atuais e possibilidades futuras no Reino Unido. In: RIZZINI, Irene; NEUMANN, Mariana Menezes; GADDA, Andressa (Ed.). *Participação Infantil e Juvenil: Perspectivas Internacionais*. Rio de Janeiro, 2011, pp. 13-28. Disponível para download em: <<http://www.ciespi.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=33>> Acesso em 09 de janeiro de 2012.

12 BUTLER, Udi Mandel; PREINCESWAL, Marcelo. Culturas de Participação: Jovens e suas percepções e práticas de cidadania. In: RIZZINI, Irene; NEUMANN, Mariana Menezes; GADDA, Andressa (Ed.). *Participação Infantil e Juvenil: Perspectivas Internacionais*. Rio de Janeiro, 2011, p.113. Disponível para download em: <<http://www.ciespi.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=33>> Acesso em 09 de janeiro de 2012., p. 113.

13 LEE, Nick. Vozes das crianças, tomada de decisão e mudança. In: MÜLLER, Fernanda (Org.) *Infância em Perspectiva: políticas, pesquisas e instituições*. São Paulo: Editora Cortez, 2010, p. 55.



forma, responsabiliza os países a pensarem e regulamentarem os espaços e assuntos nos quais seria indispensável a participação da criança e do adolescente. O autor analisa o artigo 12 da Convenção, sobre o princípio de participação em tomadas de decisão, que diz:

1. Os Estados participantes assegurarão à criança que é capaz de formular suas próprias opiniões o direito de expressá-las livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, sendo seu ponto de vista devidamente ponderado de acordo com sua idade e maturidade.
2. Com tal propósito, proporcionar-se-á à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo o processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais de legislação nacional.

Nick Lee faz a leitura do artigo acreditando que a Convenção reconhece que nem sempre os adultos poderão falar pelas crianças e pelos adolescentes, uma vez que seus interesses nem sempre coincidem. Contudo, ao assumir que o princípio de participação vale para a criança “capaz de formular suas próprias opiniões”, o autor nos indica a ausência de regulamentação sobre a quem cabe a responsabilidade de decidir sobre a presença ou não de tal capacidade. Também deixa amplo o espectro de participação em processos administrativos que a afetem. Dessa forma, é amplo também o espaço para a discricionariedade do jurista, do técnico ou outro adulto responsável, a quem cabe eleger quais as crianças “aptas” a formular suas opiniões, uma vez que a capacidade de assimilar as informações e emitir opiniões não se apresentam de forma homogênea. Ainda fica ao critério do adulto a seleção das ações nas quais será permitida a participação ativa das crianças e adolescentes, porque não são claros, na Convenção, quais os processos que os afetam, e nem quem tem a capacidade de decidir de maneira idônea sobre a matéria. Para Gerison Lansdown, o contexto social da criança, a experiência particular de vida, o contexto social e o nível de suporte dado pelo adulto influenciarão na capacidade da criança entender as questões que as afetam, mesmo em crianças mais novas. Isto demonstra que a competência para emitir opiniões não se desenvolve de maneira uniforme de acordo com os “rígidos” estágios do desenvolvimento.

Ainda, vale lembrar em quais condições se dá a introdução do conceito de desenvolvimento. De acordo com Michel Foucault, tal conceito foi introduzido no início do século XIX, através da definição da idiotia por Esquirol, e anos depois retomado por Belhomme, como uma qualidade da qual somos dotados ou não. Mais tarde, ao diferenciar idiotia de retardo, fundamental para o processo de psiquiatrização da criança, Seguin trata o desenvolvimento como dimensão temporal, “um processo que afeta a vida orgânica e a vida psicológica”¹⁴, comum a todos, contudo com dupla normatividade na qual nos situamos, e na qual o adulto aparecerá, mais uma vez, como “o ponto ao mesmo tempo real e ideal do término do desenvolvimento; o adulto vai funcionar portanto como norma”.¹⁵

14 FOUCAULT, Michel. *O poder psiquiátrico*: Curso dado no Collège de France, 1973-1974. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 263.

15 Ibid., p. 264.



Pensando no caso brasileiro, uma vez que o “fardo” do processo de tomada de decisão foi dividido, cabe destacar o reconhecimento dado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – em seu inciso VI do Art. 16, que enfoca o direito à liberdade a participação na vida política, bem como a Constituição Federal em seu parágrafo sétimo do Art. 227 e no inciso II do Art. 204 que prevê a participação dos administrados na formulação das políticas e no controle das ações. Dessa maneira, podemos afirmar que uma maior participação das crianças e adolescentes não seria algo tão distante assim, desde que ofereçamos espaços para que se efetive o “dar a voz”, e respeito pela participação por meio da escuta atenta, bem como consideração pelo conteúdo no processo de tomada de decisão. Contudo, como bem destaca Vicente de Paula Faleiros, na cultura predominante, a questão da infância não é historicamente compreendida na percepção de um Estado de direitos, mas sim do clientelismo, por meio do conflito de visões e estratégias que combinam repressão com concessões limitadas, disciplina e, podemos considerar, controle social. Para o autor:

Uma política voltada para a cidadania implica outra relação com o Estado, baseada no direito e na participação, combina a autonomia da criança, com a solidariedade social e o dever do Estado em propiciar e defender seus direitos como cidadã.¹⁶

Ao analisarmos o artigo 12 da Convenção, podemos entender que a participação determina a necessidade de ouvir as crianças desde o lugar que no presente ocupam, como direito a ser exercido pela própria criança, e não em relação ao seu lugar como futuro adulto. E daí levanta-se outra problemática: está o adulto em concordância em ceder espaço no processo decisório? Ao considerar a fala do outro estamos frente a um ato de reconhecimento político, uma vez que ao compartilhar o diálogo e assumir o “dever de escuta”, perde-se o poder, ao mesmo tempo em que aquele que é escutado ganha o poder de influenciar no seu próprio destino, e no da coletividade. Assim, enquanto adultos temerosos da perda do poder, dificultamos a manifestação de suas opiniões, ligando-as à determinação de idade, maturidade, a ser decidida pelos adultos, quando conveniente, de acordo com os interesses por nós eleitos. É o adulto que decide se a criança ou adolescente está apto a emitir sua opinião, de acordo com o seu grau de maturidade, esquecendo-se de todos os fatores que atuam nesse processo heterogêneo e da importância da própria participação enquanto componente desse grupo. Vale lembrar que a forma como a sociedade trata a criança e como ela é percebida pelos demais influencia a sua experiência de ser criança.

Nesse sentido,

Somente experimentando respeito por suas próprias opiniões e descobrindo a importância de seu respeito pelas opiniões dos outros, elas [as crianças] adquirirão a capacidade e disposição para ouvir os outros e então começar a entender os processos e valor da democracia. É por meio de saber a questão, expressar opiniões

16 FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (Orgs.). *A Arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Cortez: 2011, p. 36.



e ter suas opiniões levadas a sério que as crianças adquirirão as habilidades e competências para desenvolver seu pensar e para exercitar julgamentos em milhares de questões que as confrontarão a medida que se aproximam da idade adulta.¹⁷

Sabe-se, no entanto, que não se trata apenas de dar voz, mas de fato ouvir. De nada adianta dar a oportunidade de expressão de opiniões pela criança se essas não forem sistematicamente consideradas nos processos decisórios, sendo a participação apenas experienciada como “simbólica”. Para concretizar o reconhecimento necessário, a fala do adulto não pode ser considerada como superior. Há que se reconhecer a especificidade da diferença na relação com o outro. Diferença como intermediária dentro do objetivo maior, o respeito da condição de igualdade.

Ainda, no caso brasileiro, objeto de nossa análise, as referências ao direito de ser ouvido estão presentes nos seguintes artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente: 28, § 1º (colocação em família substituta), art. 53 (direito à educação), art. 45, § 2º (consentimento do adotando maior de 12 anos), art. 161, § 3º (procedimento para perda ou suspensão do poder familiar), art. 111, inciso V (direito de ser ouvido no processo de apuração de ato infracional), etc.

Embora a vasta previsão normativa, as práticas de participação em proposição e análise de políticas sociais ainda não são tão presentes em nosso país. Contudo, para que as decisões tomadas pelo Estado, instituições ou pelos adultos tragam algum efeito positivo para a vida das crianças e adolescentes, é preciso que conheçam seu lugar de fala e o contexto no qual se inserem.

Luciano Rossato, Paulo Eduardo Lépoire e Rogério Cunha, ao comentar o Estatuto da Criança e do Adolescente, lembram ainda de um de seus princípios derivados o da oitiva obrigatória e participação, o qual

determina que a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção.¹⁸

devendo sua opinião ser considerada pela autoridade competente.

Ao analisar os direitos humanos de crianças e adolescentes, Eduardo Rezende Melo afirma que a efetividade dos mesmos implica superar o enfoque de uma posição paternalista de proteção, a fim de assumir uma visão de “afirmação da titularidade de direitos por crianças e adolescentes”¹⁹, o que o autor considera como afirmação

17 LANSDOWN, Gerison. The Importance of Participation. In: _____. *Promoting Children's Participation in Democratic Decision-Making*. In: UNICEF, 2001, p. 6, tradução livre. Disponível em: <<http://www.unicef-icdc.org/publications/pdf/insight6.pdf>> Acesso em 10 de janeiro de 2012.

18 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPOIRE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.83.

19 MELO, Eduardo Rezende. Direito e norma no campo da sexualidade na infância e na adolescência. In: UNGARETTI, Maria America (Org.). *Criança e Adolescente: Direitos, Sexualidades e Reprodução*. São Paulo: ABMP, 2010, p. 46. Disponível para download em: <<http://www.childhood.org.br/programas/parceira-abmp>> Acesso em 20 de dezembro de 2011.



efetiva do direito à participação, com o devido reconhecimento de fazer escolhas com maior autonomia, quando devidamente informadas e assistidas. Para isso, o desafio seria desvincular o discurso baseado nas necessidades da criança e do adolescente, que evoca déficit e justifica a proteção, para pensarmos em interesses e garantias de direitos que são subjetivos:

É também com esta ideia de interesse centrada na subjetividade de quem fala que se rompe com a ideia do adulto ditando exclusivamente o que deva ser o superior interesse da criança, porque é o próprio sujeito do interesse que deve ser legitimado a falar por si²⁰, conquanto assistido de formas variadas.²¹

Dessa forma, sendo o interesse subjetivo, rompe-se com a ideia enraizada em nossas práticas de agir em nome de um melhor interesse por nós eleito, para não dizer do superior interesse que junto à situação irregular a tudo justificava, na vigência do Código de Menores de 1979. Trata-se, pois, de assumir a defesa de um novo paradigma: falar em interesses, contudo sendo os mesmos elencados e enunciados pelos sujeitos detentores de direitos e com maior propriedade para a expressão desses interesses, ou seja, as crianças e os adolescentes. Nesse desafio a ser compartilhado, o adulto é responsável por proporcionar à criança e ao adolescente as informações e o suporte necessários a fim de contribuir na autonomia e fomentar o desenvolvimento das habilidades e competências envolvidas na tarefa. Mas, para isso, nós adultos temos que compreender esse processo não como perda de poder, mas como um acréscimo de outras formas de pensar e ver o mundo, que já não estão mais a nosso alcance. Nessa direção, Nick Lee nos indica um caminho a ser descoberto e experimentado com a curiosidade típica da infância, e que serve como o “bom colo” a que se refere Rubem Alves:

Assim, podemos propor que, ao tratar com crianças, as instituições formais devam se tornar informais, a favor das crianças, e até (de forma mais radical) como as crianças; ou que as crianças que desejem influenciar nas tomadas de decisão sejam treinadas nos formatos do discurso formal sem mediação, para que se tornem mais maduras e responsáveis.²²

Para Arminda Aberastury, antes de falarmos em uma adolescência difícil, devemos considerar uma sociedade difícil, que dificulta a inserção do adolescente no “mundo adulto”, na medida em que o jovem tem necessidade de fazer parte desse mundo, sendo cobrado a fazer isso. Quando a autora fala das dificuldades do adulto em oferecer passagem à nova geração, podemos incluir tanto os adolescentes quanto as crianças que, com seus modos de perceber esse mundo, imporão ao adulto “uma

20 WYNESS, 2006, p. 46-47, apud MELO, 2010, p. 48.

21 MELO, 2010, p. 48.

22 LEE, Nick. Vozes das crianças, tomada de decisão e mudança. In: MÜLLER, Fernanda (Org.) *Infância em Perspectiva: políticas, pesquisas e instituições*. São Paulo: Editora Cortez, 2010, p.44.



revisão crítica de suas conquistas e do seu mundo de valores”²³.

Nessa direção compreendem-se as dificuldades desse processo como uma defesa dos adultos a fim de “proteger” seu sistema de valores e crença, questionado a partir de novos elementos de análise e, por isso mesmo, desestabilizadores, com força fragmentadora. Na obra “Cabeça de Porco”, ao realizarem uma análise e relatarem a situação de crianças e jovens com o tráfico de drogas, Athayde, MV Bill e Soares propõem o respeito às “singularidades pessoais e a vontade subjetiva de valorização”²⁴, com a “customização” de políticas sociais de maneira a “adaptá-las a cada beneficiário”²⁵. Afirmam que os jovens demandam o acesso a “cidadania, que significa pleno acesso ao mundo dos direitos e a tudo o que nossa sociedade pode oferecer de melhor”²⁶. Isso, de acordo com a leitura da obra e com nosso propósito de reflexão, não é “apenas” dar voz e oferecer a “escuta bonita” de Alves, ou ainda ter o direito de ser ouvido, mas ter o direito de exercitar a prática de participar, argumentar, refletir e decidir em conjunto, o que significa tirá-los da invisibilidade na qual os mantemos cotidianamente. Como bem concluem os autores, nossa atenção pode ser uma “forma tosca de afeto. Um primeiro passo.”²⁷.

E nesse sentido, pensando na participação das crianças e adolescentes nas políticas a eles voltadas desde sua elaboração, Irene Rizzini, Gary Barker e Neide Cassaniga propõem, como ponto de partida, a participação dos jovens, seus pais e responsáveis na identificação do apoio a ser priorizado e no foco de investimento, além de alertarem para a importância do direcionamento do investimento sob a ótica da promoção, e não mais prevenção. Da mesma forma, apontamos para a necessidade de atuação do Estado na promoção de direitos, garantindo condições para o desenvolvimento das crianças e adolescentes de maneira saudável, reconhecendo sua dignidade e capacidade de realizar escolhas e participar dos processos sociais como protagonistas, de acordo com o princípio da autodeterminação progressiva²⁸. Esse princípio encontra fundamento na Doutrina de Proteção Integral, enquanto da responsabilidade dos adultos, representados pelo Estado, pela sociedade e pela família, de garantir as condições necessárias para o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, bem como na necessidade de reconhecimento da dignidade do sujeito como pessoa humana, capaz de realizar escolhas e participar como protagonista dos processos sociais.

As políticas públicas necessárias, portanto, não são aquelas cujo planejamento segue a perspectiva do adulto. Mais, a ênfase na participação social e na dimensão prestacional dos direitos devem fazer parte das políticas públicas voltadas para o público infanto-juvenil.

Assim, cabe-nos desenvolver novas formas de engajamento infanto-juvenil e

23 ABERASTURY, Arminda. O adolescente e o mundo atual. In: _____; KNOBEL, Maurício. *Adolescência Normal: um enfoque psicanalítico*. Porto Alegre: Artmed, 1981, p. 89.

24 ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luiz Eduardo. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 286.

25 ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luiz Eduardo, loc. cit.

26 ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luiz Eduardo, loc. cit.

27 ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luiz Eduardo, loc. cit.

28 Ver mais detalhes em: COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012



novas abordagens que respeitem as diferenças sociais e culturais dos contextos considerados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio do melhor interesse da criança, presente na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ao ser ratificado pelo Brasil serve como norma obrigatória a ser considerada em todas as ações que envolvam crianças e adolescentes. Contudo, devido à sua regulamentação ser de cunho global, percebemos a falta de orientações quanto à sua utilização, deixando-se em aberto espaços para interpretações de cunho paternalista, justificadas por uma “pseudoproteção”. Assim, nosso objetivo foi dar início a uma análise conjunta do princípio do melhor interesse e do princípio da participação em tomadas de decisão, dando destaque à participação de crianças e de adolescentes nas políticas públicas voltadas à área da infância e juventude.

Nessa direção, analisou-se de que forma os atos de informar e escutar as crianças e os adolescentes podem ser norteadores nas escolhas de seus interesses e prioridades. Assumimos com isso o respeito e o reconhecimento por sua condição de sujeitos de direitos. Ao mesmo tempo, apontou-se para a necessidade de criarmos espaço para que os processos decisórios afetem não só as suas próprias vidas, mas também a coletividade, dando condições para o desenvolvimento de processos de singularização e protagonismo infanto-juvenil.

É preciso, portanto, abrir-se espaço para esse modelo de escuta e de participação, o que significa a desestabilização de relações de poder e de valores, por parte dos adultos, Isso destruirá algumas certezas, porém contribuirá para uma análise mais crítica de nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

ABERASTURY, Arminda. O adolescente e o mundo atual. In: _____; KNOBEL, Maurício. *Adolescência Normal: um enfoque psicanalítico*. Porto Alegre: Artmed, 1981.

ALVES, Rubem. *A arte de ouvir*. Disponível em: <<http://www.rubemalves.com.br/aartedeouvir.htm>> Acesso em 10 de janeiro de 2012.

ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luiz Eduardo. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

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

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BUTLER, Udi Mandel; PREINCESWAL, Marcelo. Culturas de Participação: Jovens e suas percepções e práticas de cidadania. In: RIZZINI, Irene; NEUMANN, Mariana Menezes; GADDA, Andressa (Ed.). *Participação Infantil e Juvenil: Perspectivas Internacionais*. Rio de Janeiro, 2011, pp.92-116. Disponível para download em: <<http://www.ciespi.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=33>> Acesso em 09 de janeiro de 2012.



CARRANO, Paulo. A participação social e política de jovens no Brasil: considerações sobre estudos recentes. In: RIZZINI, Irene; NEUMANN, Mariana Menezes; GADDA, Andressa (Ed.). *Participação Infantil e Juvenil: Perspectivas Internacionais*. Rio de Janeiro, 2011, pp. 74-91. Disponível para download em: <<http://www.ciespi.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=33>> Acesso em 11 de janeiro de 2012.

COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FOUCAULT, Michel. *O poder psiquiátrico*: Curso dado no Collège de France, 1973-1974. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FREIRE, Jurandir. A ética Democrática e seus Inimigos. O lado privado da violência pública. In: ROITMAN, Ari (Org.). *O Desafio Ético*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

GUATTARI, Félix; ROLNICK, Suely. *Micropolítica: cartografias do desejo*. 11ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

LANSDOWN, Gerison. The Importance of Participation. In: _____. *Promoting Children's Participation in Democratic Decision-Making*. In: UNICEF, 2001. Disponível em: <<http://www.unicef-icdc.org/publications/pdf/insight6.pdf> > Acesso em 10 de janeiro de 2012.

LEE, Nick. Vozes das crianças, tomada de decisão e mudança. In: MÜLLER, Fernanda (Org.) *Infância em Perspectiva: políticas, pesquisas e instituições*. São Paulo: Editora Cortez, 2010, pp. 42-64.

MELO, Eduardo Rezende. Direito e norma no campo da sexualidade na infância e na adolescência. In: UNGARETTI, Maria America (Org.). *Criança e Adolescente: Direitos, Sexualidades e Reprodução*. São Paulo: ABMP, 2010, pp. 43-59. Disponível para download em: <<http://www.childhood.org.br/programas/parceira-abmp>> Acesso em 20 de dezembro de 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (Orgs.). *A Arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Cortez: 2011, pp. 33-96.

RIZZINI, Irene; BARKER, Gary; CASSANIGA, Neide. Políticas sociais em transformação: crianças e adolescentes na era dos direitos. *Educar em Revista*, Curitiba, nº. 15, 1999. Disponível em:

<http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40601999000100012&lng=es&nr_m=iso> Acesso em 02 de fevereiro de 2012.

_____; TISDALL, Kay. A importância do debate internacional e interdisciplinar sobre participação infantil e juvenil In: RIZZINI, Irene; NEUMANN, Mariana Menezes; GADDA, Andressa (Ed.). *Participação Infantil e Juvenil: Perspectivas Internacionais*. Rio de Janeiro, 2011, pp. 07-11. Disponível para download em: <<http://www.ciespi.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=33>> Acesso em 09 de janeiro de 2012.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.



TISDALL, Kay. Participação de crianças e adolescentes: Dilemas atuais e possibilidades futuras no Reino Unido. In: RIZZINI, Irene; NEUMANN, Mariana Menezes; GADDA, Andressa (Ed.). *Participação Infantil e Juvenil: Perspectivas Internacionais*. Rio de Janeiro, 2011, pp. 13-28. Disponível para download em: <<http://www.ciespi.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=33>> Acesso em 09 de janeiro de 2012.



POR QUE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO? ANALISANDO OS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO PARA A REPARAÇÃO DOS DANOS SOFRIDOS PELAS VÍTIMAS DO REGIME MILITAR BRASILEIRO¹.

Denise Bittencourt Friedrich²
Ianaiê Simonelli da Silva³

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo traçar o marco teórico da Justiça de Transição visando demonstrar que esta forma especial de promover a justiça é a mais adequada de reparar, individual e coletivamente, as violações sistemáticas de direitos humanos de autoria do Estado no período de exceção democrática instalado com o Golpe de Estado de 1964 no Brasil. A Justiça de Transição está fundada em quatro pilares, o que lhe atribui uma atuação interdisciplinar capaz de dar conta das especiais necessidades criadas pelos longos períodos de violação sistemática dos direitos fundamentais onde o autor é justamente quem deveria protegê-los: o próprio Estado.

Essa ação estatal deixa manchas na sociedade difícil de serem apagadas. E quando as vítimas recorrem ao Poder Judiciário na busca de resposta para atenuarem a dor e os traumas vivenciados naquele período, o que recebem do Estado-juiz é, quando muito, a condenação do Estado ao pagamento de indenizações pecuniárias. Ocorre que, o Judiciário, está amarrado a princípios processuais e legais que lhe tolhem as possibilidades de atuar de forma mais eficiente nestas demandas. Diante de tal constatação, a história de atrocidades que a humanidade vivenciou e ainda vivencia foi construindo a ideia da Justiça de Transição que vem se apresentando como um eficaz mecanismo de reparar e dar a devida atenção tanto às vítimas como à sociedade que atravessou períodos de sistemáticos atentados aos direitos

1 Este texto é fruto das pesquisas que estão sendo desenvolvidas no Grupo de Pesquisa sobre *Verdade, Memória e Justiça: análises da experiência das políticas públicas reparatórias do governo do RS envolvendo os atos de sequestro, morte, desaparecimento e tortura de pessoas no regime militar brasileiro (1964/1985)*, junto ao Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPq intitulado *Estado, Administração Pública e Sociedade*, coordenado pelo Professor Dr. Rogério Gesta Leal.

2 Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC - e Doutoranda do PPGD desta Instituição.

3 Advogada, graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISC. Membro do grupo de estudos “Estado, Administração Pública e Sociedade” coordenado pelo Dr. Rogério Gesta Leal.



fundamentais.

As justificativas desta afirmação serão analisadas no presente trabalho, assim como os limites da atuação do Poder Judiciário em tais demandas.

2 LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS DEMANDAS QUE BUSCAM A REPARAÇÃO À VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA DE DIREITOS HUMANOS PELO ESTADO: o estado de exceção brasileiro e a forma como o Judiciário tem se portado diante dos pedidos de reparação

Como é sabido o período compreendido entre 1964 a 1985 ficou marcado pela opressão do governo militar que se apoiava em uma ampla parcela da sociedade civil, período que privou a população de suas liberdades e direitos, sendo qualquer manifestação contrária ao governo digna de punição cruel e atroz.

A ditadura militar brasileira foi um momento de intensa repressão, censura e bestialidade culminada com a violação dos direitos humanos, que ainda apresenta obscuridades. Porém, a disseminação do terror no Brasil de modo inigualável, praticando as maiores arbitrariedades refletidas diretamente nos cidadãos, que se encontravam desprotegidos e submetidos à tamanha repressão⁴, veio com a edição do Ato Institucional n.º 5, seguida do Decreto-Lei 477/1969.

Contudo, desde o início da ditadura brasileira a anistia foi reivindicada, começando a ser debatida quinze anos antes da promulgação da lei, sendo discutida no período em que o Brasil buscava retomar a democracia, retornar ao Estado de Direito e reconhecer a defesa dos direitos humanos. Nesse cenário de abertura política, incidia sobre o Estado a responsabilidade pela morte de Herzog, assim como era interesse do regime militar a volta do pluripartidarismo, foi que o governo começou de fato a pensar em anistia; sendo, em junho de 1979, remetido um projeto de lei ao Congresso pelo Presidente Figueiredo e, em agosto do mesmo ano, foi aprovada, então, a Lei n. 6.683⁵, ou Lei da Anistia⁶.

A Lei de Anistia não atingiu seus objetivos. **Não obstante**, sua importância na democratização do país se deu nos termos que o governo esperava, tendo a capacidade de terminar as atrocidades que tiveram início com o golpe de 1964, e, mais, se restringiu aos limites impostos pelo regime militar e às circunstâncias de sua época. A anistia constituiu um ensaio de restabelecer as relações entre militares e opositores do regime que foram cassados, ou que estavam presos ou exilados. Sua ideia precípua era de harmonização das desavenças, significando uma conciliação que contribuiu, em tese, com a transição para o regime democrático⁷.

4 LEAL, Rogério Gesta. *Verdade, memória e justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas: morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: de quem é a responsabilidade?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-797-8.

5 A íntegra do texto da Lei n. 6.683 está disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm>.

6 MAZAROBBA, Glenda. *Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade: o Difícil Rompimento com o Legado da Ditadura no Brasil*. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo13.php?artigo=13,artigo_01.htm> Acesso em 11/05/2012

7 MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2006.



Assim, após muito trabalho e empenho, enquanto os militares perdiam poder e, concomitantemente, a democracia ia se fortalecendo, chegou-se à inserção dos direitos humanos na política nacional, em dezembro 1995, quando foi sancionada a Lei 9.140/95 ou Lei dos Desaparecidos⁸, que trouxe o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e desaparecimentos de resistentes ao regime militar, cabendo indenização a todas as vítimas e seus familiares. entretanto a indenização pecuniária não serviu de resgate proposto pela Justiça de Transição⁹.

Somente a partir da entrada em vigor da Lei dos Desaparecidos é que foi possível ingressar em juízo para que fossem reconhecidos os danos materiais e morais, contra o Estado, pela prática de atos violadores dos direitos humanos perpetradas em decorrência do regime militar (1964-1985).

Com a aprovação da Lei nº 9.140/95 o Brasil reconheceu, pela primeira vez, a responsabilidade objetiva do estado pela atuação ilícita de seus agentes de segurança. Com isso o Estado Brasileiro admitiu a responsabilidade pelas violações de direitos humanos empreendidas durante o regime militar, como sequestros, prisões, torturas, desaparecimentos forçados e assassinatos, até mesmo contra estrangeiros que residiam no país¹⁰.

Nesse período foram implantadas algumas comissões de reparação, sendo a primeira a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, cujos limites circundavam o reconhecimento do Estado pelas mortes e desaparecimentos, bem como pela localização de seus restos mortais¹¹.

A Comissão de Anistia foi a segunda que estava direcionada à reparação dos atos do regime militar, abrangendo torturas, prisões arbitrárias, demissões e transferências por motivos políticos, empenho à clandestinidade e ao exílio, expurgos estudantis, bem como monitoramentos ilícitos. Após a promulgação da Lei nº. 10.559/02, como bem pontua Abrão¹², existem duas fases procedimentais para o cumprimento do mandato constitucional de reparação: primeira, a declaração da condição de anistiado político por meio da averiguação dos fatos antevistos nas situações persecutórias

8 MAZAROBBA, Glenda. *Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade: o Difícil Rompimento com o Legado da Ditadura no Brasil*. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo13.php?artigo=13.artigo_01.htm> Acesso em 11/05/2012

9 Pode se definir a justiça transicional como o esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos. O objetivo da justiça transicional implica processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a e conciliação. O que foi mencionado anteriormente exige um conjunto inclusivo de estratégias formuladas para enfrentar o passado assim como para olhar o futuro a fim de evitar o reaparecimento do conflito e das violações. Considerando que, com frequência, as estratégias da justiça transicional são arquitetadas em contextos nos quais a paz é frágil ou os perpetradores conservam um poder real, deve-se equilibrar cuidadosamente as exigências da justiça e a realidade do que pode ser efetuado a curto, médio e longo prazo. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. – N. 1 (jan. / jun. 2009). -- Brasília : Ministério da Justiça , 2009., p. 32.

10 MIRANDA, N.; TIBÚRCIO, C.. *Dos filhos deste solo – mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar : a responsabilidade do Estado*. São Paulo: Boitempo, 1999.

11 Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104145/lei-9140-95>> Acesso em: 11/05/2012

12 PAULO ABRÃO E MARCELO D. TORELLY. *As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça*. In: *A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada*. Brasília: Ministério da Justiça : Oxford University, Latin America Centre, 2011.



discriminadas na lei. Essa declaração se constitui ato de reconhecimento ao direito de resistência dos perseguidos políticos, bem como dos reconhecimentos dos erros cometidos pelo Estado contra os cidadãos. Em segundo lugar é a concessão de reparação econômica com critérios compatibilizados com a prática persecutória mais recorrente¹³.

Nos últimos anos houve uma ampliação da política de reparação no país e esse fator se deu pela criação de diversos mecanismos, tais como o projeto Direito à Memória e à Verdade¹⁴, que resultou em um livro-registro das mortes e desaparecimentos, o projeto das Caravanas da Anistia¹⁵. Essa projeto tem por finalidade a realização de julgamentos políticos itinerários pelo Brasil, bem como pedidos de desculpas oficiais às vítimas. Outro projeto, Memórias Reveladas¹⁶, tem por objetivo geral tornar-se um centro difusor de elementos encontrados nos documentos sobre as lutas políticas no país entre 1960 a 1980. Todos esses projetos se fundem num objetivo maior de implementar o ramo da justiça de transição no que tange ao subsídio à verdade e à constituição da memória.

Paralelamente a esses projetos, as famílias e as vítimas da ditadura militar brasileira têm a possibilidade de ingressar no judiciário, ao longo das últimas décadas, para receber: indenizações quanto a declaração da condição de anistiado político; a contagem, para todos os efeitos, do tempo em que foi obrigado a afastar-se de suas atividades profissionais, devido à punição ou à ameaça de punição; certificado de conclusão de curso interrompido por punição ou ao registro de diploma obtido em instituição de ensino fora do país; e o direito à reintegração aos servidores públicos civis e aos empregados públicos punidos. Além disso, têm direito a requerer os atestados de óbito dos desaparecidos.

No entendimento de Alexandra Barahona de Brito, a justiça de transição é um processo que se adapta às condições do momento e às mudanças que evoluem com o passar do tempo. Se pegarmos o exemplo da luta brasileira, podemos perceber que cada vez estamos mais próximos de uma justiça de transição, efetivamente.

Por meio do relatório *Brasil Nunca Mais*¹⁷, que denunciou as violações de direitos humanos cometidas pelo regime militar, pôde-se ter conhecimento de que houve mais de sete mil acusados judicialmente e mais de dez mil abrangidos na fase de inquérito, porém somente nos primeiros meses da ditadura militar avalia-se que chegou a cinquenta mil o número de presos políticos. Seria possível acreditar que, com a entrada em vigor da Lei de Anistia e com a chegada da democracia, os desaparecidos voltariam?

O que se obteve com a Lei de Anistia foi a concretização e a legalização da impunidade sob o discurso da reconciliação, utilizando o medo como forma de

13 Idem.

14 BRASIL. SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos - Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

15 BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Comissão de Anistia. AÇÕES EDUCATIVAS DA COMISSÃO DE ANISTIA RELATÓRIO DE GESTÃO 2007-2010 – Brasília, 2010.

16 Disponível em: < <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=4&sid=2>> Acesso em: 11/05/2012

17 ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil nunca mais*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985.



preponderância política, e os que buscavam conhecer os fatos do período de exceção quanto às violações de direitos humanos eram chamados de revanchistas¹⁸.

Para Hannah Arendt, a ditadura militar instaurada no Brasil com o golpe de 64 classifica-se como um regime autoritário, e por este motivo se parece muito difícil encarar o passado e aceitar todo o terrorismo cometido pelo Estado¹⁹.

No entanto, o questionamento que se traz é no sentido de até que ponto a democracia pode silenciar quanto ao passado impensado?

Edson Teles explica que “Politicamente falando, no Brasil o silêncio parece indicar o abandono da responsabilização por um discurso – o de que houve crimes contra a humanidade e os criminosos deveriam ser punidos por isso.²⁰”.

Em virtude do contexto que envolveu o Brasil durante o período do regime militar, o país viveu menos a justiça de transição porque a legalidade democrática de seu regime abrangeu a participação de parte do judiciário e prosseguiu sua legitimação sob a democracia²¹.

Especialmente no Brasil desde o começo da década de setenta foram ajuizados muitos processos referentes ao tema em comento, cujo entrave foi a anistia e o sigilo dos documentos oficiais.

Por outro lado, alguns processos tiveram rumo diferenciado, tendo sido a União responsabilizada pelo desaparecimento ou pela morte de ativistas políticos e, ao fazer uma rápida análise de alguns processos ajuizados na década de 90 e nos anos 2000, verifica-se que grande parte tem como réu a União ou os Estados. Por exemplo, pode-se citar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que, ao julgar a Apelação Cível nº 70037772159²², decidiu pela procedência da ação movida por Airton Joel Frigeri (preso com 17 anos, em Caxias do Sul, transferido para o DOPS de Porto Alegre, e levado à ilha do presídio onde continuou por três meses).

Nesse caso, os Desembargadores do TJRS ponderaram que o dano moral abrange diferentes formas de violação aos direitos da personalidade, podendo consistir na dor física, no vexame público, na indignação com a impunidade dos ofensores, no sofrimento psicológico, no sentimento de marginalização de suas convicções políticas, entre outros motivos. O Estado do Rio Grande do Sul teve condenação de uma indenização que chegou ao valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de danos morais.

Recentemente, Guilherme Madeira Dezem, juiz de Direito da 2ª Vara de Registros

18 BAUER, Caroline Silveira. *Um estudo comparativo das práticas de desaparecimento nas ditaduras-civil-militares argentina e brasileira e a elaboração de políticas de memória em ambos os países*. Porto Alegre: UFRGS, 2011. Tese (Doutorado em História) - Programa de Pós-Graduação em História. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 69.

19 ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 95.

20 TELES, Edson. Políticas do silêncio e interditos da memória na transição do consenso. Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil. Vol. II. Organização: Cecília MacDowell Santos, Edson Teles, Janaína de Almeida Teles. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2009, p. 586.

21 PEREIRA, Anthony W. Sistemas Judiciais e repressão política no Brasil, Chile e Argentina. In: SANTOS, Cecília Macdowell,; TELLES, Edson, TELES; Janaína de Almeida (orgs). P. 208.

22 Disponível em: < http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70037772159&num_processo=700037772159&codEmenta=4099791&temIntTeor=true > Acesso em 08/11/2011.



Públicos de São Paulo, reconheceu o direito a inserir na certidão de óbito que João Batista Franco Drumond faleceu nas dependências do DOI/CODI (II Exército, em São Paulo), “decorrente de torturas físicas”, Certamente essa decisão será um paradigma.

A decisão de inserir a *causa mortis* na certidão de óbito, segundo a sentença, emana do direito à memória e à verdade, e da obrigatoriedade de cumprimento da recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assevera o magistrado: “Não se trata de discutir se tortura pode ser incluída como *causa mortis* ou não. Trata-se de reconhecer que, na nova ordem jurídica, há tribunal cujas decisões o Brasil se obrigou a cumprir e esta é mais uma destas decisões”²³.

Nesse sentido têm sido as decisões dos Tribunais Estaduais pelo Brasil; porém, ao contrário do que têm julgado os Tribunais dos Estados, o Supremo Tribunal Federal julga, como será visto a seguir.

Com o intento de discutir a validade de dispositivo da Lei da Anistia, o Conselho Federal da OAB ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153. Segundo o Conselho, a obscuridade proposital do artigo 1º, § 1º da Lei nº. 6.683/79 resulta no perdão aos crimes de qualquer natureza relacionados aos crimes políticos ou conexos praticados por motivação política no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Desse modo, almejava-se, com essa ação, uma adequada interpretação do citado artigo, para que não fosse estendido o benefício da anistia aos crimes comuns praticados por agentes públicos acusados de homicídio, abuso de autoridade, desaparecimento forçado, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra os opositores ao regime militar.

Entre as solicitações expostas pelo Conselho Federal da OAB na ADPF nº. 153, cita-se o apelo de abertura dos documentos da ditadura militar, objetivando a divulgação das identidades dos agentes públicos que cometeram crimes em nome do Estado contra os inimigos do regime. Outra questão aventada na APDF nº. 153 é o episódio de que os agentes torturadores além de receberem remuneração foram anistiados pelo próprio governo o que se enquadraria em um ato de ilegalidade e violação a direitos humanos, bem como aos fundamentos democráticos, pilares da atual Constituição.

O Conselho entende que a revisão da Lei de Anistia e a proposta de reabertura dos casos de tortura, com posterior julgamento dos torturadores e dos agentes que praticaram crimes contra a humanidade, seria uma forma de preservar a democracia e os direitos humanos defendidos na conjuntura atual do Estado Democrático de Direito. Saliencia-se que esse deveria ser o pensamento da sociedade como um todo, ou seja, também deveria ser o entendimento de nossos “escolhidos” ao comando da nação.

No entanto, contrariando toda a alegação do Conselho Federal da OAB, sobreveio decisão rejeitando o pedido, atitude que demonstra a indiferença do Brasil em relação à reparação e à punição dos crimes cometidos durante a ditadura. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal empenhou-se no sentido de demonstrar que a Lei da Anistia tinha ‘desculpado’ os crimes comuns, extinguindo-se a punibilidade dos mesmos e, por conseguinte, não mais havia a possibilidade de propor a penalização desses crimes ocorridos durante a ditadura.

23 Disponível em: <<http://blog-sem-juizo.blogspot.com.br/2012/04/direito-memo-ria-tortura-como-causa.html>> Acesso em: 17/04/2012



O julgamento da ADPF nº. 153 foi no dia 29 de abril de 2010. Na composição do Pleno estavam presentes os Ministros Eros Grau, Carmen Lúcia, Cézár Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto. O que se percebeu facilmente é que ao julgar a improcedência da ADPF nº 153 o STF agrediu os avanços relacionados aos direitos humanos no Brasil, agredindo também o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o ordenamento jurídico atual.

Os Ministros, ao votarem pelo indeferimento da ação, não titubearam em exaltar que a Lei 6683/79 foi produto de um acordo realizado entre “os dois lados”. A inicial da ADPF explicita o objetivo da Anistia (artigo 1º, § 1º) concedida a todos os agentes públicos que cometeram crimes de lesa-humanidade. Porém, essa benesse não se estenderia aos perseguidos políticos condenados pela prática dos chamados “crimes de sangue” (incluídos aí o sequestro e o assalto, § 2º do mesmo artigo), afrontando o princípio da isonomia.

Ao discorrerem sobre o acordo entre os dois lados, contudo, os Ministros não elucidaram como se deu tal pacto. Ocorre que, em agosto de 1979, quando foi promulgada a Lei da Anistia, houve intensa campanha dos progressistas do partido MDB que ansiavam por uma lei ampla, geral e irrestrita. Foram, no entanto, derrotados pela proposta do partido Arena que, embora fosse a maioria no Congresso Nacional²⁴, foi derrotado por 209 votos a favor contra 194 desfavoráveis²⁵. Houve, ainda a discordância silenciosa de 12 dos 26 senadores e a declaração de voto contrário de 29 dos 189 deputados do MDB. Tais manifestações não puderam ser formalizadas, pois, repita-se, a votação foi em bloco, sem votação nominal²⁶.

E assim se concretizou o “acordo” no qual a sociedade “falou altissonante”, segundo o Relator da ADPF 153, Eros Grau. O governo estava disposto a autoanistiar ou restringir a anistia dos perseguidos políticos e era impossível barganhar ou usar influências que mudassem essa intenção. Caso ocorresse o contrário o senado biônico reverteria o resultado ou o ditador Figueiredo somente vetaria o resultado em sua totalidade. Pergunta-se: Que tipo de acordo foi este?²⁷.

Outro questionamento é no sentido de verificar qual o motivo que levou o Brasil a contemporizar a necessidade de invocar uma justiça de transição eficaz?

De tudo que foi dito até agora, percebe-se que o Judiciário brasileiro, ainda que tenha a intenção de reparar os abusos cometidos no período do Regime Militar brasileiro, encontra severas limitações legais, políticas e sociais para atender de

24 BARROS JR. Jeová. Comentários sobre o julgamento da ADPF 153 - Parte Final, em <http://blogdoronaldocesar.blogspot.com/2010/05/comentarios-sobre-o-julgamento-da-adpf.html> - Acesso em: 21/10/2011

25 A Arena, graças ao pacote de abril de 1977, possuía a maioria numérica no Congresso. Eram 231 deputados da Arena contra 189 do MDB. Eram 41 senadores arenistas contra 26 emedebistas. Tal maioria era ainda fortalecida pelo recurso aos 22 senadores biônicos. Ou seja, qualquer “deslize” contrário aos interesses do governo ditatorial seria “sanado” no Senado.

26 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira*. Esta é a versão integral do artigo de mesmo título publicado, em versão reduzida, em: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Fórum, 2010.

27 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira*. Esta é a versão integral do artigo de mesmo título publicado, em versão reduzida, em: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Fórum, 2010.



forma adequada as vítimas do horror de estado. Diante dessa realidade, é que a Justiça de Transição deve ser instalada, pois, como a experiência de outros países tem demonstrado, é o mecanismo capaz de dar respostas individuais e coletivas para os atentados a Direitos Humanos típicos dos períodos de exceção democrática como o que o Brasil atravessou entre 1964 e 1985. Tratar dessa forma especial de fazer justiça é o próximo passo deste trabalho.

3 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

3.1 Marcos teóricos da Justiça de transição

De início deve ficar claro que, como o próprio significado da palavra “transição” indica, a Justiça de Transição é um mecanismo transitório/temporário que os Estados criaram para atender às especiais necessidades que surgem na transição de regimes autoritários para regimes democráticos, visando à reparação das violações a direitos humanos comuns em regimes autoritários, tendo em vista que tais violações têm um alcance muito amplo, pois, além daqueles indivíduos que foram diretamente torturados, forçados a abandonar suas famílias e deixar o país, etc., o alcance destas práticas sistemáticas repercute no contexto social criando um “estado de terror” e na identificação do Estado como o autor deste terror.

Nesse cenário, a (re)instauração de um regime democrático é extremamente difícil, e não raro, ela se dá apenas no plano formal, sem jamais chegar à real concretização do Estado Democrático de Direito. Foi diante dessas dificuldades que surgiu a ideia de criar uma justiça capaz de atender às especiais necessidades deste período, em especial de reparar as vítimas, apurar a verdade dos fatos, apurar responsabilidades e reformar as instituições estatais. Tudo isso com o objetivo de (re) construir laços de confiança entre a sociedade e o Estado e possibilitar a instauração de uma democracia sólida capaz de evitar que se repitam as atrocidades que vivenciaram em sua história recente.

Paul Van Zyl conceitua a Justiça Transicional como um esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos. Aponta esse autor que o objetivo da justiça transicional é processar²⁸ os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação. Por essas mediadas acredita ser possível “enfrentar o passado e olhar o futuro”, a fim de prevenir a repetição de tais práticas.²⁹

Acrescentam Nahoum e Benedetti que o caráter de transição radica no

28 Como mais adiante será analisado, “processar” em sede de justiça transicional não tem o caráter tradicional utilizado na atividade jurisdicional, como forma de aplicar sanções penais e civis, aqui assumirá várias dimensões e possibilidades, como por exemplo, a mera confissão diante da sociedade, o pedido de perdão publicamente, entre outras formas.

29 ZYL, Paul Van. *Promovendo a Justiça Transicional em sociedades pós-conflito*. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 1, (jan. / jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p.32. o Autor é Vice-Presidente do International Center for Transitional Justice, Professor da New York University School of Law (Estados Unidos)



momento histórico-político de que ela emerge, sendo caracteristicamente levada a cabo em períodos de passagem de regimes políticos autoritários a regimes políticos democráticos.

Esse modelo de justiça demonstra o seu comprometimento com a democracia, criando um ambiente no qual a sociedade, por conhecer sua história e as fragilidades que permitiram a instalação do terror, possa evitar que seja novamente construído tal ambiente propício à instauração de Estado de Exceção.

A justiça transicional funda-se em quatro pilares: (i) a justiça, por meio da qual se julga os violadores de direitos humanos por crimes praticados no passado como forma de evitar/inibir que se repitam e sanar o sentimento de impunidade, assim como a reparação das vítimas, por meio de políticas públicas que visem à reparação econômica, à assistência psicológica às vítimas e familiares, entre outras medidas; (ii) a busca da verdade, que se dá pelo estabelecimento de uma verdade oficial sobre um passado; (iii) a construção da memória coletiva e de formas de mantê-la viva, por meio de museus que contem a história e sensibilizem as presentes e as futuras gerações do horror vivido em suas sociedades; e por fim (iv) a reforma das instituições estatais com a expulsão dos agentes violadores de direitos humanos, a criação de mais publicidade e transparência da gestão do Estado, só para ficar com alguns exemplos sem esgotar o assunto.

Segundo Alexandra de Brito, há três aspectos-chave modeladores da Justiça de Transição dos quais depende o sucesso dos processos de “prestar contas”: (i) - contexto transitório, pelo qual se deve levar em conta a força relativa dos agentes favoráveis a políticas de verdade e de justiça transicional em relação àqueles que a elas se opõem; (ii) - legados autoritários, onde serão analisadas as condições herdadas do período ditatorial que irão definir a forma com que a questão é abordada e como os atores se posicionam durante a transição; (iii) - heranças históricas mais amplas, e o contexto internacional, ou seja, deve-se olhar não apenas para o contexto transicional e para os mais recentes legados autoritários, mas também para os padrões históricos mais abrangentes, já que as soluções também estão condicionadas pela experiência e pela memória de acontecimentos e desenvolvimentos pré-autoritários³⁰.

Percebe-se disso a complexidade que terá que ser enfrentada para que a instauração da justiça de transição alcance os fins desejados que atualmente, como a seguir será analisado, possuem um caráter reconciliatório, tendo em vista que apenas punir não cria um ambiente capaz de neutralizar as forças autoritárias que permanecem na sociedade e, tampouco, prevenir futuras violações de direitos fundamentais e, menos ainda, construir a paz social.

Ruti Teitel traça a genealogia da Justiça Transicional e faz a sua reconstrução histórica. As origens da Justiça Transicional datam do pós- Primeira Guerra Mundial, mas só no pós-Segunda Guerra Mundial é que começam a ser entendidas como extraordinárias e internacionais. A segunda fase da Guerra Fria, que pôs fim ao internacionalismo da Justiça Transicional, coincide com as transições democráticas de vários países. A terceira fase, onde os Estados encontram-se mais estáveis, a justiça transicional associa-se às condições contemporâneas de conflitos persistentes

30 BRITO, Alexandra Barahona de. *Justiça Transicional e a política da memória: uma visão global*. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 1, (jan. / jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p.56



que lançam as bases para estabelecer um Direito de Guerra, com a instituição de organismos internacionais responsáveis pela manutenção da paz mundial.³¹

A Justiça Transicional da primeira fase, no entreguerras, tinha por objetivo central apontar os limites entre a guerra justa e injusta e demarcar os parâmetros justificáveis de sanções que poderiam ser impostos pela comunidade internacional. No pós-Segunda Guerra, Teitel aponta duas respostas críticas aos questionamentos emergidos no entreguerras: a primeira resposta aponta em favor da justiça internacional, que caracterizou como falidos os juízos nacionais³²; a segunda resposta crítica refere-se às severas e onerosas sanções coletivas impostas à Alemanha no pós-Primeira Guerra, que criaram um sentimento de ressentimento por parte da Alemanha, impulsionador da inserção na Segunda Guerra com tamanha voracidade.

No pós-Segunda Guerra a humanidade presenciou o fortalecimento do Direito Internacional, especialmente através do transplante que os Estados nacionais passaram a fazer de convenções e tratados internacionais para dentro do sistema jurídico interno. Esses tratados eram essencialmente de Direitos Humanos. Os símbolos da segunda fase foram os julgamentos de Nuremberg que, segundo Teitel, refletiu o triunfo da Justiça Transicional na ideia de Direito Internacional. Essa fase, associada à cooperação entre os Estados, formou a base do Direito contemporâneo e dos Direitos Humanos.³³

A segunda fase está associada com um período de expansão democrática, influenciado pela desintegração da União Soviética que, especialmente na América Latina, teve seus regimes ditatoriais influenciados pelos Estados Unidos por ter visto nesses países uma importante estratégia para evitar a expansão do comunismo. Dessa forma, quando o medo da expansão comunista chegou ao fim, os países da América Latina veem as forças americanas saírem de cena. Nessa fase, ainda que o caráter internacional permaneça com especial atenção e importância, o inovador é o fato de a Justiça de Transição trabalhar com o ideal da reconstrução dos Estados-nação, assim “la fase II tiende a sustentarse en una comprensión de un estado de derecho más diverso, ligado a una comunidad política particular y sus condiciones locales”³⁴.

Por fim, a terceira fase emerge ao final do século XX, na qual se destaca o fenômeno da aceleração da Justiça Transicional associada à globalização, à permanência da violência e da instabilidades política, que justificam a instauração de organismos que assumem um caráter internacional para regular, de forma constante, a violência “sem-fronteiras”. Nessa fase a Justiça de Transição utiliza um discurso de justiça humanitária “construyendo una organicidad del derecho asociado con conflictos omnipresentes, contribuyendo así al establecimiento de los fundamentos

31 TEITEL, Ruti G. *Genealogía de la Justicia Transicional*. In: Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, pp. 69-94.

32 Este fato favoreceu a instauração do Tribunal de Nuremberg no pós- segunda guerra.

33 Idem.

34 Idem.



del emergente derecho sobre terrorismo”.³⁵

Destaca-se, para fins do objeto deste trabalho, na segunda fase, o fato de a Justiça de Transição ter trabalhado o caráter restaurativo, que buscou a construção de uma história alternativa aos abusos e às atrocidades do passado, por meio de um mecanismo alternativo à atividade jurisdicional: as Comissões de Verdade, definidas como “Una comisión de verdad es un organismo oficial, habitualmente creado por un gobierno nacional para investigar, documentar y divulgar públicamente abusos a los derechos humanos en un país durante un período de tiempo específico”.³⁶

Quanto ao aspecto reconciliatório, o modelo sul-africano evoluiu em relação ao modelo inaugurado na Alemanha, por ter agregado ao caráter investigativo alemão (busca da verdade) um caráter reconciliatório. Por isso, naquele país, denominou-se Comissão da Verdade e Reconciliação (CRV). Ambos os enfoques (restaurativo e investigativo/punitivo) unem esforços para criar um espaço público de debate, no qual é oportunizado aos violadores de direitos humanos e vítimas falarem sobre suas dores e razões, pedirem perdão em público, escutarem uns aos outros, na tentativa de reviverem a dor do passado com a intenção de criar um ambiente favorável ao perdão individual e coletivo. A CRV sul-africana foi o exemplo de que isso é possível³⁷.

Mas as Comissões da Verdade, enquanto sede da Justiça de transição, não visam apenas a um ou a outro objetivo: elas atuam de forma a atingir vários objetivos, todos importantes para que seja possível redemocratizar países de histórias recentes de atrocidades e violações a direitos fundamentais. Com o objetivo de melhor trabalhar os pilares no qual se assenta a Justiça de Transição passar-se-á agora a analisar cada um.

3.2 Os quatro pilares da Justiça de transição

A doutrina especializada leciona que a Justiça de Transição funda-se nos seguintes pilares: a justiça, por meio da qual se busca a responsabilização dos perpetradores das violações e do Estado; a busca da verdade; a construção da memória coletiva; e a reforma das instituições estatais. Cada um deles é indispensável para atingir o ideal de reconciliação e paz social, necessário à solidificação da democracia.

O pilar da justiça visa julgar os violadores de direitos humanos por crimes praticados no passado, como forma de evitar/inibir “futuros crimes, dar consolo às vítimas, pensar um novo grupo de normas e dar impulso ao processo de reformar as instituições governamentais, agregando-lhes confiança”. A Justiça Transicional cria um sistema penal adequado às necessidades dos crimes que julgará (sem os vícios

35 Idem.

36 Idem.

37 BORAINÉ, Alex. *Reconciliación ¿A qué Costo? Los Logros de la Comisión de Verdad y Reconciliación*. In *What price reconciliation? The achievement of the TRC*. Publicado en *A Country Unmasked*, Alex Boraine, Oxford University Press, Oxford (2000), pp. 340-378



dos sistemas instituídos).³⁸

Quanto à busca da verdade, é importante esclarecer que é apenas o estabelecimento de uma verdade oficial e parcial sobre um passado brutal que pode ajudar a sensibilizar as futuras gerações contra o revisionismo e dar poder aos cidadãos para que reconheçam e oponham resistência a um retorno às práticas abusivas.

As investigações são dirigidas por comissões de verdade que dão voz no espaço público às vítimas e seus testemunhos podem contribuir para contestar as mentiras oficiais³⁹ e os mitos relacionados às violações dos direitos humanos. O que a experiência tem demonstrado é que dar voz oficial às vítimas reduz o sentimento de indignação e raiva que elas alimentam, criando assim um ambiente onde a paz social será mais facilmente alcançada.⁴⁰

A reparação será concretizada por políticas públicas que atendam à complexidade que tal tema possui, podendo assumir diferentes formas, entre as quais se encontram a ajuda material, como pagamentos compensatórios, pensões, bolsas de estudos; assistência psicológica, como o aconselhamento para lidar com o trauma, e medidas simbólicas, como a construção de monumentos, memoriais, e dias de comemoração nacionais. Nesse pilar, é necessário definir a abrangência do conceito de vítima para fins de receber indenizações, ou seja, num conceito mais restrito de vítima as reparações serão direcionadas somente aos indivíduos diretamente atingidos pelas violações graves dos direitos humanos, tais como torturados, desaparecidos, exilados. Em um conceito mais abrangente, também devem ser dadas reparações a uma classe mais ampla de vítimas, como por exemplo, aqueles que sofreram uma discriminação racial sistemática ou que perderam suas terras, suas propriedades. Além disso, as reparações devem ser sustentáveis, para que o Estado não seja visto como irresponsável, agravando ainda mais a sua relação com a sociedade.⁴¹

Por fim, a reforma institucional é responsável por desfazer instituições que violaram direitos humanos. Para tanto, as comissões da verdade devem estar habilitadas para fazer sugestões em seus relatórios finais a respeito das medidas legais, administrativas e institucionais que devem ser tomadas para evitar o ressurgimento dos crimes sistemáticos do passado. Uma das medidas adotadas é a retirada de pessoas que praticaram crimes contra direitos humanos dos cargos públicos que ainda estiverem ocupando, e impedi-las de voltar a ocupar outros.⁴²

Segundo Nahoum e Benedetti, dentre todas as dimensões, é na da reforma institucional onde resta mais por fazer aos países do MERCOSUL, tendo em vista que

Reformar órgãos e procedimentos administrativos ligados aos Estados Burocrático-Autoritários é tarefa complexa, mas imperiosa para evitar

38 ZYL, Paul Van. *Promovendo a Justiça Transicional em sociedades pós-conflito*. In Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 1, (jan. / jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p38

39 Como por exemplo, na Argentina as pessoas não fugiram do país conforme os órgãos oficiais declaravam, mas foram forçadas a abandoná-lo.

40 ZYL, Paul Van. 2009. Op Cit

41 Idem

42 Idem.



a continuidade da prática de delitos contra os direitos humanos. É necessário depurar o Estado – especialmente seu aparato policial e militar – de práticas e agentes que comprometam o respeito aos direitos humanos, por meio de procedimentos de reconhecimento do envolvimento em violações, responsabilização, verificação da integridade individual dos funcionários para o exercício das funções públicas e, ao final, de *vetting*.⁴³

Como já foi dito, a Justiça Transicional agregou, na segunda fase, o ideal da reconciliação, que não significa o perdão obrigatório, a impunidade e o esquecimento como a maioria das leis de anistia desejam. O que se almeja com a reconciliação no cenário de transição é reconhecer e reparar, na medida do possível, o sofrimento das vítimas, dando-lhes o direito de conhecer o passado, responsabilizando os violadores de direitos humanos, e fomentando a memória coletiva para que jamais esqueçam todas as atrocidades e o sofrimento que vivenciaram, para que nunca mais aconteça.

CONCLUSÃO

Longe de encerrar o debate sobre o tema, percebeu-se que após os Regimes Militares que a América Latina atravessou, especialmente o Brasil, muitos reparos precisam ser feitos, não podendo, no entanto, ser tratados sob a ótica conservadora que o Direito oferece.

Acredita-se que o Brasil, ainda que tardiamente, está entrando na fase de instauração da Justiça de Transição, e o que se espera é que ela seja realizada em todas as suas dimensões – verdade, memória, reparações e reforma do Estado - para que assim a sociedade e o Estado possam entrar integralmente na era democrática, sem os ranços do passado.

Os processos da Justiça Transicional também auxiliam a restabelecer a confiança entre os cidadãos e o Estado, pois a sociedade percebe que o Estado preocupa-se em proteger os direitos fundamentais de todos.

REFERÊNCIAS:

ARENDR, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BAUER, Caroline Silveira. *Um estudo comparativo das práticas de desaparecimento nas ditaduras-civil-militares argentina e brasileira e a elaboração de políticas de memória em ambos os países*. Porto Alegre: UFRGS, 2011. Tese (Doutorado em História) - Programa de Pós-Graduação em História. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 69.

BORAINE, Alex. *Reconciliación ¿A qué Costo? Los Logros de la Comisión de Verdad y*

43 NAHOUM, André Vereta e BENEDETTI, Juliana Cardoso. *Justiça de transição e integração regional: o direito à memória e à verdade no MERCOSUL*. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. Nº1. (jan. / jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p.296.



Reconciliación. In *What price reconciliation? The achievement of the TRC*". Publicado en *A Country Unmasked*, Alex Boraine, Oxford University Press, Oxford (2000), pp. 340-378.

BRITO, Alexandra Barahona de. *Justiça Transicional e a política da memória: uma visão global*. In *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. – N. 1, (jan. / jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *Verdade, memória e justiça no Brasil: responsabilidades compartilhadas: morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: de quem é a responsabilidade?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MAZAROBBA, Glenda. *Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade: o Difícil Rompimento com o Legado da Ditadura no Brasil*. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo13.php?artigo=13,artigo_01.htm> Acesso em 11/05/2012

MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências* – um estudo do caso brasileiro. **São Paulo**: Humanitas/Fapesp, 2006.

MIRANDA, N.; TIBÚRCIO, C.. *Dos filhos deste solo – mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar : a responsabilidade do Estado*. São Paulo: Boitempo, 1999.

NAHOUM, André Vereta e BENEDETTI, Juliana Cardoso. *Justiça de transição e integração regional: o direito à memória e à verdade no MERCOSUL*. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. Nº1. (jan. / jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

PAULO ABRÃO E MARCELO D. TORELLY. *As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça*. In: *A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada*. Brasília: Ministério da Justiça : Oxford University, Latin America Centre, 2011.

PEREIRA, Anthony W. *Sistemas Judiciais e repressão política no Brasil, Chile e Argentina*. In: SANTOS, Cecília Macdowell,; TELLES, Edson, TELES; Janaína de Almeida (orgs).

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira*. Esta é a versão integral do artigo de mesmo título publicado, em versão reduzida, em: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Fórum, 2010.

TELES, Edson. *Políticas do silêncio e interditos da memória na transição do consenso. Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*. Vol. II. Organização: Cecília MacDowell Santos, Edson Teles, Janaína de Almeida Teles. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2009, p. 586.

TEITEL, Ruti G. *Genealogía de la Justicia Transicional*. In *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, pp. 69-94.

ZYL, Paul Van. *Promovendo a Justiça Transicional em sociedades pós-conflito*. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça*. – N. 1, (jan. / jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil nunca mais*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985.



SOCIEDADE DE CONSUMO E *BULLYING*: APONTAMENTOS PRELIMINARES SOBRE O CONSUMISMO E A VITIMIZAÇÃO INFANTIL

Diego Bastos Braga¹
Mariana de Almeida Pfitscher²
Vitor Hugo do Amaral Ferreira³

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de globalização, a sociedade está centrada nos valores individualistas, na busca incessante de satisfação pessoal, de lucros e de produção, ao se pensar sob um sentido mais amplo. Desse modo, tem-se, como delimitação da temática deste artigo, o estudo acerca da sociedade de consumo e da construção de uma possível relação com o fenômeno *bullying*.

Para tanto, faz-se necessário levantar uma construção histórica e social no que diz respeito ao consumo, a qual, posteriormente, possibilite a análise sobre tal relação, de modo que se torne possível pensar em como poderá interferir, objetiva e subjetivamente, no desenvolvimento humano.

O estudo fundamenta-se no método dedutivo, utilizando-se de uma revisão bibliográfica abrangente e estruturando-se em capítulos nos quais, primeiramente, contextualizou-se não apenas a sociedade, mas também as relações de consumo frente às concepções de Zygmunt Bauman sobre ter e ser sujeito consumidor. Num segundo momento, levantam-se concepções acerca do *bullying*, bem como os parâmetros da vitimização infantil. Por fim, busca-se diagnosticar a possível relação supracitada entre o consumismo e o *bullying*.

Portanto, pretende-se contribuir não apenas para a formação de valores, como também para uma educação frente ao consumo, a qual sensibilize uma proteção para as crianças-consumidores.

1. A Sociedade de consumo(mismo): as concepções de Zygmunt Bauman entre o ter/ser

O consumo é uma atividade que se pratica a todo momento, mesmo de forma inesperada. Caracteriza-se como uma condição, um aspecto permanente e irremovível, sendo integrante da natureza e das relações do ser humano, de modo que todo sujeito é um consumidor, desde as necessidades biológicas até as sociais.

1 Acadêmico do Curso de Direito – UNIFRA – dbb_@hotmail.com

2 Acadêmica do Curso de Psicologia – ULBRA – Santa Maria – marianapfi@hotmail.com

3 Professor-orientador, Docente do Curso de Direito-UNIFRA – vitorhugodir@hotmail.com



As considerações de Zygmunt Bauman⁴ possibilitam entender que qualquer modalidade de consumo considerada típica de um período específico pode ser apresentada, adequadamente, como modificação das anteriores. A partir desse contexto, então, este estudo inaugura a sua concatenação tendo por base a teoria da modernidade líquida, preconizada por Bauman⁵.

O consumismo é uma conduta de caráter impulsivo. Trata-se, de acordo com Filho⁶, de um consumo extravagante e não genuíno de bens. É resultado de uma reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos, transformando tais características na força operativa da sociedade, a qual coordena a reprodução do sistema na formação de indivíduos, desempenhando seu papel nos processos de autoidentificação individual e de grupo.

Desse modo, o consumismo supre as necessidades de rotinas diárias, ao mesmo tempo em que satisfaz o estigma social, os valores, a popularidade, de modo que os sujeitos passam a ter aceitação frente a um determinado grupo ou mesmo ao mundo de forma geral.⁷

Todavia, o sujeito inserido nesta sociedade de consumo atual difere daquele atuante no período iluminista, movimento este caracterizado em prol da mobilização da razão e contra intolerância. Bauman⁸ descreve o sujeito desse período como aquele que deseja o que deveria ter desejado. É, portanto, impedido de ser guiado pela razão do próprio desejo. No entanto, o autor parte da ideia do filósofo e escritor francês Denis Diderot⁹, o qual qualifica o ser humano ideal como aquele que pensa por si próprio, passando por cima de tudo aquilo que possa escravizá-lo. É possível que o sujeito livre-se de um domínio arbitrário e obtenha uma liberdade positivista. Este, pelo menos, seria o desejo: um mundo moderno manejável e amistoso.

Partindo do ideal de progresso, razão e felicidade, após as grandes guerras o idealizado acabou sendo sustentado pelo tecnicismo, expandindo-se a massificação

4 Zygmunt Bauman é um sociólogo Polonês que, no decorrer de sua carreira, passou por construções e reconstruções perante seu senso crítico. Atualmente é professor emérito de sociologia nas Universidades de Leeds e Varsóvia. Autor de mais de dezesseis obras publicadas no Brasil, entre elas Amor Líquido, Globalização: As consequências da vida humana e Vidas desperdiçadas, tornando-se reconhecido através de análises das ligações entre modernidade e o consumismo pós-moderno. (Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742009000200016&script=sci_arttext Acesso em: 12/02/2012)

5 Em “Modernidade Líquida”, Bauman (2001) procura esclarecer como se deu a passagem de uma modernidade sólida para uma modernidade fluida e leve, possibilitando a reflexão de conceitos e esquemas cognitivos utilizados na descrição de experiências individuais e sociais. Em análise das transformações sociais pelas quais a sociedade passa na esfera pública, privada, bem como nas relações humanas. Para o autor, a solidez que sustentava anteriormente a sociedade, como o governo e a família, vem perdendo seu espaço para este fenômeno o qual designa como líquido. (Disponível em: <http://www.psicologiadigital.com/2009/07/10/modernidade-liquida/> - Acesso em: 12/02/2012)

6 FILHO, G. G., Consumismo e meio ambiente: discursos e conexões no campo religioso. Estudos de Religião, v. 24, n. 38 jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistasmetodista/index.php/ER/article/view/1982/2025>>. Acesso em 26 de jan, 2012.

7 BAUMAN, Z. 44 Cartas do mundo líquido moderno. RJ: Jorge Zahar, 2011.

8 BAUMAN, Z. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001

9 Denis Diderot (1713 – 1784) foi um filósofo e escritor francês, precursor da filosofia anarquista. Um dos primeiros autores que fazem da literatura um ofício sem esquecer o caráter filosófico. Preocupava-se com a natureza do homem, sua condição, problemas morais e o sentido do destino.



da técnica, a qual foi retirada da ciência e da razão. Esse processo Moreira¹⁰ justifica através da expressão “em que os meios passaram a justificar os fins”.

Atualmente, a sociedade depara-se com uma modernidade que difere da almejada anteriormente. O homem, assim, torna-se espectador de uma sociedade perfeita. Anteriormente, os auxílios e os direitos não precisavam ser demonstrados como conquistas, pois os sujeitos necessitavam apenas ser capazes de persistir em busca da felicidade. Na hodiernidade, buscar a felicidade resulta na incerteza de escolhas¹¹ corretas ou não, no testar e no experimentar, em correr riscos, os quais se deparam com a privação da escolha ou, então, da proteção e da segurança das escolhas erradas. “O mundo em que habitamos é tudo menos transparente e previsível. Nenhum lar é seguro para espécie humana, muito menos para humanidade”¹².

Todavia, ao caracterizar-se uma sociedade de consumo, Sodré¹³ afirma que ela consiste em um emaranhado de fatores: os sujeitos passam a ser, então, atores sociais da economia. Contudo, nessa, além do consumo em si, o sistema estará sempre à procura de satisfazer às necessidades das pessoas, razão pela qual são consideradas sujeitos consumidores¹⁴.

Essa batalha contemporânea ocupa o lugar de reconhecimento, ao contrário das revoluções que visavam à mobilização pela razão. Os laços, que atualmente se conectam, rompem-se com a mesma facilidade, pois, se antes constituíam-se por “comunidades” permeadas de difíceis acessos, hoje designam-se, conforme Bauman¹⁵, como redes, nas quais a facilidade dá-se ao conectar e desconectar, a ter acessos que, simplesmente, possam ser dissolvíveis.

Diante do amor-próprio, que se constitui frente a essa sociedade de consumo, faz-se necessário remeter ao narcisismo¹⁶, no qual todo ser humano possui um ideal de perfeição. O narcisismo de cada indivíduo desloca-se em direção a um novo eu/ego ideal, pois não admite ser privado da perfeição narcísica infantil, além de achar-se possuidor de toda a perfeição de valor. Ao crescer, ver-se-á perturbado diante das restrições que foram impostas nas suas pulsões, de modo a procurar a perfeição, por

10 MOREIRA, J; ROSARIO, A. B; COSTA, D. B. Criminalidade juvenil no Brasil pós-moderno: algumas reflexões psicossociológicas sobre o fenômeno da violência. Rev. Mal-Estar Subj. [online]. 2008, vol.8, n.4. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=27111861008>> Acesso em: 29 de Jan, 2012. p. 6

11 O autor aponta que há riscos nas escolhas individuais, pois o valor chamado segurança é aquele que distancia a liberdade, em contrapartida, o homem prefere a libertação a esta responsabilidade simbólica. Contudo, diante das variedades de escolha que a sociedade oferece, se acentua o reconcílio e a permanência da desigualdade social, pois o “uniforme” é substituído pela diversificação ilimitada. (BAUMAN, 2011).

12 BAUMAN, Z. 44 Cartas do mundo líquido moderno. RJ: Jorge Zahar, 2011. p. 119.

13 SODRÉ, M. G. A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

14 RIOS, Josué. A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social. Rio de Janeiro. Mauad. 1998

15 BAUMAN, Z. 44 Cartas do mundo líquido moderno. RJ: Jorge Zahar, 2011.

16 Termo referente ao mito Narciso, o amor pela imagem de si mesmo. (LAPLANCHE & PONTALIS, 2001).



meio de um eu – ideal¹⁷.

Bauman¹⁸ pontua que a razão do interesse individual de ser feliz depara-se com o amor ao próximo, o qual, apesar de ser o ato fundador da humanidade, parece ser um tanto ultrapassado. No entanto, está incluso neste amor o ideal de si mesmo, ou seja, o amor-próprio, que incita a aderir à vida.

O ato de aderir à vida é concomitante ao esforço do ser humano em se manter vivo, tanto na resistência quanto na luta de tudo que possa ameaçar esta existência. O dito amor-próprio funciona, então, como a manutenção da vida, o que se ama é o estado de esperança de ser amado, daquilo que é oferecido pelos outros. Partindo dessa relação com o outro insere-se o respeito, o qual faz referência ao que um sujeito pode oferecer a outro, ressaltando o respeito à singularidade de cada um.¹⁹

Diante da necessidade de *ser-para*, Bauman²⁰ menciona a questão: ser para o quê? Está-se, na verdade, repensando de onde parte a educação moral e o aprendizado que visa preparar para o mundo. Na sociedade povoada de vida humana cotidiana, impulsos morais necessitam de leis e instituições que monitorem e insiram o senso moral, que se reprocessa como justiça social.²¹

Para Freud²², a civilização é construída sobre a renúncia do homem à pulsão, obtendo um caráter restritivo, acarretando num impasse no qual a repressão destas pulsões humanas irá de encontro ao Princípio do Prazer²³, entrando em jogo a liberdade individual contra a vontade imposta pela lei. O princípio do prazer deve, então, moldar-se ao princípio da realidade²⁴, na qual a lei predomina sobre os desejos do indivíduo.

Entretanto, no cenário privatizado e centrado nas preocupações consumistas, a responsabilidade diante das escolhas, bem como as consequências delas, são lançadas aos atores individuais, devido a fortes estímulos de determinados padrões de comportamento. Outrossim, como operações públicas e publicidades, as quais demandam novas necessidades e desejos²⁵.

17 FREUD, S. Obras psicológicas completas: Sobre o Narcisismo – Uma introdução. Rio de Janeiro: Imago Editora. 1914

18 BAUMAN, Z. 44 Cartas do mundo líquido moderno. RJ: Jorge Zahar, 2011.

19 BAUMAN, Z. 44 Cartas do mundo líquido moderno. RJ: Jorge Zahar, 2011.

20 BAUMAN, Z. 44 Cartas do mundo líquido moderno. RJ: Jorge Zahar, 2011.

21 O mundo em que o ego se encontra imerso, o mundo socialmente construído interfere na confrontação de um self que pensa e sente com a face do outro. E faz isso reduzindo a modalidade do ser-para, por natureza sem fronteiras, a um conjunto finito de ordens e proibições (BAUMAN, 2011, p. 48).

22 FREUD, S. Obras psicológicas completas. O Mal-Estar na Civilização. Rio de Janeiro: Imago Editora. 1930.

23 Princípio de prazer é uma atividade psíquica que atende ao inconsciente, a qual tem por objetivo evitar o desprazer e aumentar o prazer em constância (LAPLANCHE & PONTALIS, 2001).

24 Princípio de realidade, é o par do princípio do prazer e modifica-o à medida que consegue importar-se como princípio regulador, estando ligado a serviço do eu/ego. (LAPLANCHE & PONTALIS, 2001).

25 BAUMAN, Z. 44 Cartas do mundo líquido moderno. RJ: Jorge Zahar, 2011.



O autor afirma que, ultimamente, os *reality shows* tomam conta das gerações atuais, pois antes as pessoas tendiam a tecer a vida por intermédio de próprias experiências. Hoje, esses meios televisivos obtêm um conceito de descartabilidade dos homens, caracterizando a vida como um jogo. Nesse jogo, cada ponto começa a partir do zero, sem contar méritos anteriores; os outros são competidores, forjam e maquinam para ver cair, pois sobrevivência, confiança e compaixão são significados ultrapassados²⁶.

No entanto, perante esta sociedade, as identidades vêm a ser definida pelas afinidades com as marcas, diferente do período em que se desenvolviam pelas descobertas²⁷. A marca é um signo representa algo, gerando um efeito interpretativo nas pessoas, seja ele real ou potencial, fazendo com que o sujeito sinta-se da maneira como se imagina ser: uma representação, que estará suprindo essa necessidade²⁸.

2 *Bullying* e a incidência da vitimização da infância

Frente às relações e às demandas de consumo, aborda-se o fenômeno *bullying* como reflexo e fato de relevância na sociedade. Tendo em vista, inicialmente, o conceito referente a *bullying*, Silva²⁹ discorre que se trata de um fenômeno tão antigo quanto a própria instituição escola, local este em que o *bullying* tem maior predominância.

A autora ainda expõe que, apesar da existência, o tema só passou a ser objeto de estudo no início dos anos 70, precisamente na Suécia, onde a sociedade mostrou-se preocupada com a violência entre estudantes e as consequências disto na esfera escolar³⁰.

A definição acerca do fenômeno parte de diversos autores. Eles teorizam sobre a dificuldade de tradução do termo de origem inglesa, daí sua utilização em língua original, o qual pode ser compreendido por meio do cunho vernacular valentão, brigão. Esta situação remete a uma intimidação. Com relação à sua legítima definição, *bullying* diz respeito a atitudes agressivas, intencionais e repetidas, ocasionando

26 Esta escassa integração do ser humano, a falta de comunhão, pode ser associada ao que o autor expõe quanto ao ambiente e moradia, nos quais lares hoje existem para proteger seus habitantes, e não mais para integrar as pessoas em suas comunidades. Já moradores sem recursos tendem a ser excluídos das partes afáveis da cidade, aqueles que não possuem recursos, são incomodamente visíveis, entre diversas denominações, se tornam personagens principais do ressentimento. Essa separação territorial, só tende a aprofundar o colapso de comunicação. O desafio ético da globalização, irá designar que todos são dependentes um dos outros, pois as ações do ser humano podem influenciar condições de vida de pessoas em lugares nunca vistos. Não há seguridade de inocência moral ou declarações de não saber o que acontece diante de falta de dignidade, miséria e sofrimento. O poder “bateu asas” das instituições historicamente desenvolvidas que exerciam o controle democrático; no entanto, a dificuldade se reflete na impossibilidade do caminho de volta (BAUMAN, 2011).

27 SCHOR, Juliet B. Nascidos para comprar: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. Tradução: Eloisa Helena de Souza Cabral. São Paulo. Editora Gente, 2009.

28 PEIRCE, C.S. Semiótica e filosofia. São Paulo: Cultrix, 1993.

29 SILVA, A. B. B. *Bullying: Mentas perigosas nas escolas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

30 SILVA, José Luiz. *Estatuto da criança e do adolescente: 852 perguntas e respostas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2011.



comportamentos danosos.³¹

Dessa forma, protagonistas do fenômeno são classificados como: a) agressores, ou seja, aqueles que adotam comportamentos hostis; b) vítimas, que sofrem algum tipo de agressão repetidamente; c) os alvos/autores, os quais ora são vítimas ora agridem; e, ainda, c) os espectadores, aqueles que assistem e convivem no meio onde tudo ocorre³². O autor ainda classifica como fatores contextuais ao fenômeno o ambiente familiar, o ambiente escolar, os fatores comunitários, o *status* social e a influência dos pares, referindo-se ao impacto positivo ou negativo de seus comportamentos.

Conforme Chalita³³, o fenômeno conta com a cumplicidade de alguns, tolerância de outros e omissão de muitos. Ainda afirma que há um abismo entre o que se preconiza e o que se pratica, entre os valores ditados e os vividos. O autor ainda define que é um processo de ordem perversa, onde há um poder/dominação e um controle de submissão a regras impostas. Além disso, assegura que os mais fortes humilham os mais fracos, que são intimidados ao revelar a dor que possuem.

Portanto, a visão do fenômeno dá-se na esfera social, bem como nas suas consequências. Beaudoin e Taylor³⁴ acreditam que o fenômeno pode ser considerado um reflexo de pressões contextuais, pois atualmente vive-se em uma cultura intolerante às diferenças.

Silva³⁵ descreve que nos anos 80, a história do fenômeno foi reescrita, pois três crianças com idade entre 10 e 14 anos haviam cometido suicídio, sendo, dentre os motivos, apontados indícios de maus-tratos, levando a pensar o fenômeno como algo constituído por duas vias, a vítima e o agressor, já classificados anteriormente. Assim, o *bullying* prova sentimentos intensos de medo e vergonha, aumentando a vulnerabilidade, baixando a autoestima e elevando a ansiedade. Leva, também, a sensações de impotência, ocasionando o aumento da vitimização³⁶. Quanto aos laços sociais e aos direitos, ressalta-se o Estatuto da Criança e do Adolescente.³⁷

Desse modo, caso seja constatado que os pais incentivam os filhos a condutas agressivas, eles estarão sujeito a repreensões e punições, bem como, em casos

31 Entre as classificações, os autores designam o bullying verbal, moral, sexual, psicológico, material, físico e virtual (cyberbullying). Quanto às agressões, nem todas podem ser classificadas como bullying, mas todos os atos de bullying são designados como um tipo de agressão danosa. Dessa maneira, é subdividido em direto, caracterizando-se por agressões físicas, verbais, gestuais, relacionais, entre outras, e o bullying indireto, nos quais os comportamentos tendem a excluir, ameaçar, furtar e ocasionar danos materiais (NETO, 2011).

32 NETO, A. A. L. *Bullying: Saber identificar e como prevenir*. São Paulo: Brasiliense, 2011.

33 CHALITA, G. *Pedagogia da Amizade – Bullying: O sofrimento das vítimas e dos agressores*. São Paulo: Editora Gente, 2008.

34 BEAUDOIN, M; TAYLOR, M. *Bullying e Desrespeito: Como acabar com essa cultura na escola*. Tradução: Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2006.

35 SILVA, A. B. B. *Bullying: Mentis perigosas nas escolas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

36 MIDDELTON-MOZ, J; ZAWADSKI, M. L. *Bullying: Estratégias de sobrevivência para crianças e adultos*. Tradução: Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2007.

37 Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 22º Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. SILVA, J. L. *Estatuto da criança e do adolescente: 852 perguntas e respostas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.



extremos, a riscos de perda do poder familiar.³⁸

Ainda conforme a Constituição Federal de 1988, art. 3, inciso IV, é o objetivo da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Outrossim, no art. 5, é ressaltado que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Desta forma, diante do grande número de jovens envolvidos no fenômeno, Silva³⁹ aponta para a grande quantidade de jovens que se tornarão adultos violadores das regras sociais, implicando a convivência como cunho social.

Nos dias atuais, os fenômenos denominados de *ciberbullying* ou *bullying* virtual utilizam-se de meios modernos - últimos avanços tecnológicos -, com objetivo de constranger e humilhar novas vítimas. Casos como estes extrapolam muros de escolas e pontos reais, pois, neste meio, os agressores ganham disfarces e anonimatos, frente às formas de desrespeito.⁴⁰

A hodiernidade tornou-se um tempo de alienação, na qual cada sujeito parece estar só no mundo. O *bullying* ou *ciberbullying*, portanto, caracteriza-se como um tempo de insensibilidade e ausência de responsabilidades. As consequências do *ciberbullying*, por exemplo, deparar-se-ão com a inexistência de padrões éticos frente à utilização das novas tecnologias. Do mesmo modo, a falta de empatia e a impunidade, ocasionando o silêncio das vítimas.⁴¹

Partindo deste pressuposto, Silva⁴² designa como conversão o fenômeno no qual os alvos de *bullying*, posteriormente, transformam-se em agressores. Estes passam a praticar as mesmas perversidades que sofreram, gerando, com isso, um ciclo que determina a expansão de acontecimentos como estes.

No mesmo sentido, Ferreira⁴³ manifesta a mesma opinião que Silva (2010), tendo em vista que se desencadeou uma banalização do fenômeno *bullying*. É situado o caso do Realengo⁴⁴ como fato de relevância frente ao fenômeno, destacando-se o fato de que cenas de revanche reafirmam a violência e, por certo, também caracterizam-se como *bullying*.

Deste modo, o autor afirma que é possível obter um olhar sobre o *bullying* por intermédio da sociedade de consumo, que valoriza o fator humano no processo de criação e, ao mesmo, tempo desqualifica quem não tem acesso, fazendo disto a possibilidade de exclusão e afirmando que “a relação possível que podemos construir

38 NETO, A. A. L. *Bullying: Saber identificar e como prevenir*. São Paulo: Brasiliense, 2011.

39 SILVA, A. B. B. *Bullying: Mentis perigosas nas escolas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

40 SILVA, A. B. B. *Bullying: Mentis perigosas nas escolas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

41 SILVA, A. B. B. *Bullying: Mentis perigosas nas escolas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

42 SILVA, A. B. B. *Bullying: Mentis perigosas nas escolas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

43 FERREIRA, A. H. V. O assassino do realengo, “bullying” e sociedade de consumo. 2011. Disponível em: <<http://www.claudemirpereira.com.br/2011/04/artigo-vitor-hugo-do-amaral-ferreira-o-assassino-do-realengo-%E2%80%98bullying%E2%80%99-e-sociedade-de-consumo/>> Acesso em: 23 de Fev, 2012.

44 [Assassinato em massa](#) ocorrido em [7 de abril](#) de [2011](#), na Escola Municipal Tasso da Silveira, localizada no bairro de [Realengo](#), na [cidade do Rio de Janeiro](#). Wellington Menezes de Oliveira, de 23 anos, invadiu a escola armado com dois [revólveres](#) e começou a disparar contra os alunos presentes, matando doze deles, com idade entre 12 e 14 anos. Foi interceptado por policiais, cometendo [suicídio](#).



entre o *bullying* e a sociedade de consumo é bem tênue, eis um alerta. Crianças e adolescentes são instigados a consumir produtos e marcas que têm por objetivo qualificá-los.⁴⁵

Assim, lidar com a interpessoalidade é um grande desafio neste mundo contemporâneo. Silva⁴⁶ compreende que o período da adolescência, predominante no fenômeno, constitui-se de muitas mudanças, entre elas, questionamentos a respeito de regras e limites, inseguranças, insatisfações e necessidade de pertencer a algum grupo.

Desse modo, tais grupos, constituídos por afinidades, podem ter diversas identidades, entre elas, aqueles que gostam de ir ao shopping, de ir a festas juntos ou, até mesmo, os conhecidos como “naiqueiros”, identificados pelo uso exclusivo de roupas da marca *Nike*. Ferreira⁴⁷ ressalta que um tênis pode transformar-se em passaporte para o time dos incluídos; a ausência dele pode fazer o indivíduo ser merecedor de piadas e violência.

Esses aspectos refletem-se em questões de consumo nos dias atuais, ou seja, fazer parte de um grupo que agrega prestígio e respeito⁴⁸. Dessa forma, Neto⁴⁹ ressalta a influência exercida por meios de informação na construção das personalidades de crianças e adolescentes.

Hoje os jovens são os maiores consumidores dos meios de comunicação, entre eles, a *internet*, a televisão⁵⁰ e a música. Assim, Rolim⁵¹ sugere que os significados de cada grupo são construídos pelos próprios jovens, pois se unem em decorrência de razões de ordem cultural, preferências em comum ou, simplesmente, pela moda. Dessa forma, alunos ditos populares são aqueles diferenciados pelo “poder” ou por apenas aparentarem ter qualidades valorizadas, reforçadas pela mídia, o principal influenciador desse sistema de consumo.

O *bullying* é uma manifestação de ordem social que priva o sujeito, considerado diferente e inferior de sua dignidade e seu direito de participar e existir. Desta forma, “não acolher a diversidade significa olhar em uma única direção, com base em um padrão exclusivo. E aos que são olhados fica o silêncio e a exclusão”⁵²

O autor enfatiza que não se pode esperar que todos sejam iguais. Além disso, afirma que todo ser humano é único, dotado de características próprias. Assim, ser diferente não significa ser superior ou não, significa somente ser diferente.

45 Acesso em 26/04/2012. Disponível em: <http://www.claudemirpereira.com.br/2011/04/consumidor-bullying-e-sociedade-de-consumo-por-vitor-hugo-do-amaral-ferreira/>

46 SILVA, A. B. B. *Bullying: Mentas perigosas nas escolas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

47 FERREIRA, A. H. V. *Consumidor: bullying e sociedade de consumo*. 2011. Disponível em: <<http://www.claudemirpereira.com.br/2011/04/consumidor-bullying-e-sociedade-de-consumo-por-vitor-hugo-do-amaral-ferreira/>> Acesso em: 23 de Fev, 2012.

48 NETO, A. A. L. *Bullying: Saber identificar e como prevenir*. São Paulo: Brasiliense, 2011.

49 NETO, A. A. L. *Bullying: Saber identificar e como prevenir*. São Paulo: Brasiliense, 2011.

50 Neto (2011) aponta que em filmes, por exemplo, a violência algumas vezes é o único recurso utilizado para alcançar seus objetivos. Embora algumas vezes com objetivos nobres, como salvar um amigo, os meios midiáticos não questionam a validade da utilização de meios amorais.

51 ROLIM, M. *Bullying: O pesadelo da escola*. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2010.

52 CHALITA, G. *Pedagogia da Amizade – Bullying: O sofrimento das vítimas e dos agressores*. São Paulo: Editora Gente, 2008.



Entretanto, definir o *bullying*, os processos de vitimização, as autorias e a conversão é definir reflexos oriundos dos dias atuais, que serão campo de possíveis concepções acerca da sua possível relação com o *bullying*.

3 Relação (im)possível: sociedade de consumo e *bullying*

Partindo das percepções anteriores acerca do consumo e do *bullying* como causalidade do fenômeno, será abordada a relação entre ambos frente aos paradigmas da sociedade globalizada.

Abordar as relações de consumo toca no que tange ao entendimento de uma sociedade de consumo que se instaurou após um movimento em defesa do consumidor nos países de primeiro mundo. Desse modo, ficou estabelecido o Dia Mundial do Consumidor em 15 de março de 1962, quando o presidente John Kennedy fez uma declaração apontando direitos fundamentais e obteve reconhecimento da sua mensagem por meio da Organização das Nações Unidas – ONU, a qual denominou os direitos básicos do consumidor por intermédio de princípios para ordenamentos jurídicos.⁵³

Na construção desta sociedade de consumo, instauram-se os movimentos consumeristas, ocasionando o surgimento de entidades privadas, nas quais o estado tomou o dever de promover e garantir o direito dos consumidores. A concretização destes ocorreu por volta da década de 70, a partir de mobilizações e, também, após a redemocratização do país.

Em 1985, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, adotou a Resolução que estabeleceu Diretrizes para a Proteção do Consumidor, ressaltando a importância da participação dos governos na implantação de políticas de defesa dele. Neste ano, a ONU conferiu legitimidade e reconhecimento internacional aos direitos do consumidor.⁵⁴

O período de mudanças seguiu durante a década de 80, com a inserção de instituições privadas; e, na década de 90, momento em que houve um destaque na economia brasileira, quando o Brasil passa a fazer parte da sociedade de consumo, tendo a necessidade da criação de normas e defesas do consumidor.

Pedron e Caffarate⁵⁵ relatam que a Constituição Federal de 1988 exigiu que o estado abandonasse a posição de espectador para adotar uma política de consumo que protegesse o consumidor. Por surgir, desde 1990, uma nova sociedade brasileira, a partir de tal aprovação e do congresso nacional, determinou-se a elaboração de um código de defesa e proteção ao consumidor, que entrou em vigor em setembro de 1991.

53 CASTRO, Carlos Alberto Diógenes de; SOARES, Lincoln. OS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR BRASILEIRO. A Palavra: Faculdade de Fortaleza, Fortaleza. p.45-51, 2010. Ano I Nº2. Disponível em: <http://www.fafor.edu.br/instituto/arquivos/REV_ELET_FAFOR_N2_Outubro_de_2010.pdf#page=45> Acesso em: 23 de jun, 2011.

54 BRASIL, Eugenia. Dia Mundial dos Direitos do Consumidor. Disponível em: <<http://www.terrazul.m2014.net/spip.php?article98>>, 2005. Acesso em: 09 de Jul, 2011.

55 PEDRON, F. B; CAFFARATE, V. M. Evolução histórica do Direito do Consumidor. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/687>> Acesso em: 05 jul, 2011.



Desse modo, o direito do consumidor passou a ser um direito social, buscando equilibrar a relação entre fornecedores e consumidores⁵⁶, pois a relação de consumo é cidadã, podendo ser exercida quando se tem conhecimento dos seus direitos. Apesar de, ao mesmo tempo, oportunizar-se um Código de Defesa do Consumidor, foi acelerado o processo de globalização, sendo que hoje a sociedade de consumo, por um lado, associa-se a valores de liberdade, razão e progresso; por outro, ao individualismo exacerbado.⁵⁷

Assim, a partir de um breve entendimento sobre a sociedade de consumo, Ruscheinsky e Calgareo⁵⁸ propõem que ela ultrapassa o âmbito dos objetos, criando uma lógica das relações sociais, na qual predomina uma visão individual, estética e de liberação de costumes, anteriormente idealizados como corretos.

Dessa forma, o que ocorre é uma criação e uma recriação de identidades, já que o que se consome é o que possibilita a resignificação do ser humano. De tal modo que, entre os exemplos clássicos - a moda -, os autores abordam que ao mesmo tempo em que se trata um produto de divisão de classes, trata-se, também, de uma necessidade de pertencimento, uma satisfação para vincular-se ao apoio social, de modo que se adquira algo que produza significações, obtendo um poder simbólico.

Gomes⁵⁹ afirma que os indivíduos tornaram-se mercadorias, não sendo mais valorizados como pessoas e sim pelo seu potencial de consumo, estando descritos pelos seus números quantitativos no mercado. Ruscheinsky e Calgareo⁶⁰ apontam que, a partir da Revolução Industrial, foram aprimoradas questões referentes ao bem-estar material, sobre o qual a intensa busca aparece com ou sem condições financeiras, sendo o dinheiro o imperador das relações, da sociedade e da natureza, na constante busca pela excelência.

Portanto, o consumo é a moral do mundo contemporâneo e o vazio das relações, criado pelo mercado e preenchido pela aparente busca de satisfação das necessidades, nesta incessante busca do conforto, do prestígio e do reconhecimento social. Caracteriza uma competitividade em busca de um *status*, que não encontra limites, existindo sempre uma idealização.

É desse pressuposto que parte a ordem jurídica em proteção à dignidade humana, de modo que é um fenômeno recente. Gomes⁶¹ sugere que, no Brasil, o

56 A partir do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990, o art. 2º definiu como consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” Define-se fornecedor no art. 3º, do diploma consumerista, em que fornecedor é “toda pessoa física/jurídica, pública/privada, nacional/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”.

57 SCHWERINER, M. E. R. Comportamento do consumidor: identificando necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006.

58 RUSCHEINSKY, A. C; CALGAREO, C. Sociedade de Consumo: globalização e desigualdades. In: Relações de consumo: globalização. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010.

59 GOMES, V. D. A sociedade de consumo e a atual desvalorização do consumidor como ser humano. In: Relações de consumo: humanismo. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.

60 RUSCHEINSKY, A. C; CALGAREO, C. Sociedade de Consumo: globalização e desigualdades. In: Relações de consumo: globalização. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010.

61 GOMES, V. D. A sociedade de consumo e a atual desvalorização do consumidor como ser humano In: Relações de consumo: humanismo. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.



começo da Constituição Federal de 1988 impôs a proteção plena da pessoa humana, elevando a dignidade ao *status* de valor constitucional fundamentado na república. Assim, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece que a dignidade é um dos fundamentos, sendo inafastável os direitos e as garantias. Dessa forma, a dignidade é entendida como um fim e não como um meio para o alcance de outros objetivos, como mera norma programática.⁶²

Cerqueira e Reis⁶³ apontam que o Código de Defesa do Consumidor vai existir para a dignidade humana, pois o individualismo e as grandes desigualdades sociais limitam a liberdade do outro. Afirmam que o estado, por meio do direito privado, assegurou condições mínimas aos sujeitos e, no decorrer da história, passou a assegurar direitos sociais e obteve posturas intervencionistas, regulando interesses e situações, bem como possibilitando a efetivação dos princípios constitucionais.

Assim, no campo jurídico é norteadada a questão sobre como dar efetividade a tais conjuntos de normativas a ponto de proteção psíquica e moral da juventude atual frente a um bombardeio publicitário, levando a resultados nocivos, entre eles, obesidade, preconceito, erotizações precoces, exclusões, alimentados por imagens distantes de uma realidade social e cultural do país. Dessa forma, trata-se de uma transformação social, com vistas à educação humanizada que favoreça um conjunto de valores que são vivenciados na atualidade, onde culminam a cultura da violência e do consumo desenfreado.

Costa e Pachecho⁶⁴ apontam, pelo viés familiar, que há uma dificuldade ao enfrentar o consumismo, as mídias e as inovações tecnológicas, constantemente renováveis, sendo a família, advinda ao longo do processo histórico, originada em uma ordem patriarcal e hierarquizada.

A adolescência atual necessita de uma família real, de modo que problemas e soluções possam estar presentes, privilegiando autenticidade entre os membros. No entanto, por meio do desejo de bem-estar, o individualismo reaparece como vilão, causando o afastamento e a falta de relacionamentos mútuos.⁶⁵

No entanto, todas as garantias que a constituição tenta inserir enquanto dignidade, não se tornam algo de ordem fácil nos dias atuais, em uma sociedade consumista e capitalista. O indivíduo que se acha livre não é, pois é remetido a imagens evocadas por demandas televisivas e de marketing, controlando-o, determinando-o: o mercado incrementa o tempo todo.

62 GOMES, V. D. A sociedade de consumo e a atual desvalorização do consumidor como ser humano In: Relações de consumo: humanismo. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.

63 CERQUEIRA, L. K. REIS, R. J. A concepção constitucional do consumidor: o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo. In: Relações de consumo: humanismo. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.

64 COSTA, G. N. T; PACHECHO, C. C. J. Família em movimento, o consumismo e o Direito do Consumidor de proteção contra publicidade enganosa e abusiva na área de alimentos e bebidas destinadas a crianças e adolescentes In: Relações de consumo: globalização. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010.

65 COSTA, G. N. T; PACHECHO, C. C. J. Família em movimento, o consumismo e o Direito do Consumidor de proteção contra publicidade enganosa e abusiva na área de alimentos e bebidas destinadas a crianças e adolescentes In: Relações de consumo: globalização. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010.



Pezzella⁶⁶ aponta que, quanto aos produtos, existem os que possuem uma essência, uma tipologia semelhante, atingindo o mesmo público-alvo, além de outras características que passam a ser a forma como esse produto é posto no mercado consumidor. A publicidade é algo de ordem secundária, é uma ideia de brincadeira à qual fará parte, levando consigo o produto desejado.

O interesse da brincadeira dá-se não somente no produto, mas na diversão que vem junto, previamente definida. A expectativa de receber um ganho por meio do produto faz com que o consumidor comporte-se como o fornecedor deseja, por meio do aumento de vendas e do conhecimento do seu produto. Dessa forma, produtos quase desconhecidos ganham projeções significativas, repercutindo por um tempo, atingindo, além do indivíduo, a sociedade.

A sociedade tornou-se acomodada, pois as pessoas não precisam lutar para conquistas. Pelo contrário, apostam para ganhar e os fornecedores tendem a lançar uma linguagem diversificada, pois a ânsia de consumir determinado bem contribui para o alcance de objetivos impossíveis para uma pessoa normal, já que somente os escolhidos fazem parte de um pequeno grupo, podendo ascender ou permanecer em reduto destinado aos melhores.

Cria-se um padrão de sucesso que a pessoa só atingirá se adquirir determinados bens de consumo e fruir de determinados serviços. Esse padrão de bem-estar é vendido por intermédio de um grupo de informações que chega por veículos de informação. O bem-estar passa pelo comprar, pelo compartilhar: significa adquirir o necessário, podendo compreender o poder da posse, de sentir-se mais forte.⁶⁷

No entanto, demanda-se a ideia de pagar o preço de uma mercadoria de qualidade similar, atendendo à mesma finalidade e passando a ser mais um requisito. Não é uma questão que determina uma pessoa incapaz, mas como esse participa do circo que a envolve, pois a sociedade tornou-se banalizadora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo teve por objetivo construir concepções acerca da sociedade de consumo, suas relações, bem como sobre o *bullying* como reflexo dessas concepções. Possibilitou, assim, a construção de novas margens para discussão, as quais partem desde o processo histórico e evolutivo do Direito Constitucional e do Direito do Consumidor até o processo de globalização.

Quanto ao processo de globalização, esse parte da era mecanicista, da substituição do trabalho braçal do homem pela máquina, aumentando assim os níveis de produção. Com o aumento desses níveis, surge a necessidade de circulação da mercadoria e da publicidade que vai atingir os sujeitos e assim atribuir valor aos objetos, como a marca de determinada roupa, tênis e meios eletrônicos, os quais vão

⁶⁶ PEZZELLA, M. C. C. A eficácia jurídica na defesa do consumidor: o poder do jogo na publicidade: um estudo de caso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁶⁷ PEZZELLA, M. C. C. A eficácia jurídica na defesa do consumidor: o poder do jogo na publicidade: um estudo de caso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



determinar quem estará por dentro das relações sociais.

A partir de tais padrões de consumo, a hipervalorização dos objetos instaura-se e reflete-se em um caráter individualista, predominando o hedonismo e a busca da satisfação própria.

Portanto, é desse pressuposto que se abordou o *bullying* como consequência das relações sociais, pois, entre seus conceitos, existe a necessidade de satisfação imediata, que se caracteriza, no *bullying*, por ocasionar o sofrimento ao outro, de modo que o afaste das relações sociais.

Muitas vezes, tais comportamentos são reflexos da falta de uso da marca estereotipada ou da própria maneira de ser. A televisão oferece estereótipos de perfeição, favorecendo assim o princípio da exclusão. Assim, enquanto alguém é excluído, outro passa a ser afirmado socialmente e valorizado, como um “grande outro”, de grande poder hierárquico.

(No entanto), vive-se, pois, em uma sociedade hierarquizada e moldada de acordo com os padrões sociais de consumo, na qual quem usa determinada marca está dentro dos grupos sociais e quem não possui as características e as aquisições necessárias passa a ser excluído, resultando em uma morte social.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z..**Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001

_____. **Aética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2011

_____. **44 Cartas do mundo líquido moderno**. RJ: Jorge Zahar, 2011.

BEAUDOIN, M; TAYLOR, M. **Bullying e Desrespeito**: Como acabar com essa cultura na escola. Tradução: Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2006.

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

BRASIL, Eugenia. **Dia Mundial dos Direitos do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.terrazul.m2014.net/spip.php?article98>>, 2005. Acesso em: 09 Jul. 2011.

CASTRO, C. A. D; SOARES, L. **Os direitos básicos do consumidor brasileiro**. A Palavra: Faculdade de Fortaleza, Fortaleza. p.45-51, 2010. Ano I. Disponível em: <http://www.fafor.edu.br/instituto/arquivos/REV_ELET_FAFOR_N2_Outubro_de_2010.pdf#page=45>. Acesso em: 23 jun, 2011.

CERQUEIRA, L. K. REIS, R. J. **A concepção constitucional do consumidor**: o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo. *In*: Relações de consumo: humanismo. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.

COSTA, G. N. T. PACHECHO, C. C. J. **Família em movimento, o consumismo e o Direito do Consumidor de proteção contra publicidade enganosa e abusiva na área de alimentos e bebidas destinadas a criança e adolescentes**. *In*: Relações de consumo: globalização. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010.

CHALITA, G. **Pedagogia da Amizade – Bullying**: O sofrimento das vitimas e dos agressores. São Paulo: Editora Gente, 2008.



FERREIRA, A. H. V. **Consumidor: bullying e sociedade de consumo**. 2011. Disponível em: <<http://www.claudemirpereira.com.br/2011/04/consumidor-bullying-e-sociedade-de-consumo-por-vitor-hugo-do-amaral-ferreira/>> Acesso em: 23 de Fev, 2012.

FERREIRA, A. H. V. **O assassino do realengo, "bullying" e sociedade de consumo**. 2011. Disponível em: <<http://www.claudemirpereira.com.br/2011/04/artigo-vitor-hugo-do-amaral-ferreira-o-assassino-do-realengo-%E2%80%98bullyng%E2%80%99-e-sociedade-de-consumo/>> Acesso em: 23 de Fev, 2012.

FILHO, G. G., **Consumismo e meio ambiente: discursos e conexões no campo religioso**. Estudos de Religião, v. 24, n. 38 jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistasmetodista/index.php/ER/article/view/1982/2025>>. Acesso em 26 de jan, 2012.

FREUD, S. Obras psicológicas completas: Sobre o **Narcisismo – Uma introdução**. Rio de Janeiro: Imago Editora. 1914

FREUD, S. Obras psicológicas completas. **O Mal-Estar na Civilização**. Rio de Janeiro: Imago Editora. 1930.

GOMES, V. D. **A sociedade de consumo e a atual desvalorização do consumidor como ser humano**. In: Relações de consumo: humanismo. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.

LAPLANCHE, J. P. **Vocabulário de Psicanálise**. 4ª Ed. São Paulo. Martins Fontes. 2001.

MOREIRA, J; ROSARIO, A. B; COSTA, D. B. **Criminalidade juvenil no Brasil pós-moderno: algumas reflexões psicossociológicas sobre o fenômeno da violência**. Rev. Mal-Estar Subj. [online]. 2008, vol.8, n.4, p. 6. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=27111861008>> Acesso em: 29 de Jan, 2012.

MIDDELTON-MOZ, J; ZAWADSKI, M. L. **Bullying: Estratégias de sobrevivência para crianças e adultos**. Porto Alegre: Artmed, 2007.

NETO, A. A. L. **Bullying: Saber identificar e como prevenir**. São Paulo: Brasiliense, 2011.

PEDRON, F. B; CAFFARATE, V. M. **Evolução histórica do Direito do Consumidor**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/687>> Acesso em: 05 jul, 2011.

PEIRCE, C.S. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix, 1993.

PEZZELLA, M. C. C. **A eficácia jurídica na defesa do consumidor: o poder do jogo na publicidade: um estudo de caso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Rio de Janeiro. Mauad. 1998

ROLIM, M. **Bullying: O pesadelo da escola**. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2010.

RUSCHEINSKY, A. C; CALGARO, C. **Sociedade de Consumo: globalização e desigualdades**. In: Relações de consumo: globalização. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010.

SCHOR, Juliet B. **Nascidos para comprar: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo**. Tradução: Eloisa Helena de Souza Cabral.



São Paulo. Editora Gente, 2009.

SILVA, A. B. B. **Bullying**: Mentas perigosas nas escolas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

SILVA, J. L. **Estatuto da criança e do adolescente**: 852 perguntas e respostas. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SCHWERINER, M. E. R. **Comportamento do consumidor**: identificando necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006.



ESPAÇO URBANO NO BRASIL E O DIREITO À MORADIA: APONTAMENTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DA RACIONALIZAÇÃO DAS QUESTÕES DO ESPAÇO URBANO NO PAÍS

*Eliane Fontana*¹
Jorge Irajá Louro Sodré²

I CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A visão internacional do Brasil como “celeiro do mundo”, grande exportador de grãos, esconde uma realidade socioeconômica perversa: o êxodo rural. Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, órgão vinculado ao governo federal brasileiro, nos últimos 60 (sessenta) anos houve um esvaziamento da população rural com a migração massiva para as áreas urbanas na busca de melhores condições de vida. Nesse processo, a cidade constituiu-se em um espaço de acolhimento e de expectativa de afirmação da dignidade da pessoa humana.

Na construção desse espaço físico, atua o Estado elaborando e executando políticas públicas de desenvolvimentos social, delimitando áreas de moradias, de uso industrial e comercial. Não obstante, tem-se observado um desrespeito, por parte dos entes estatais, à pessoa humana, quando da reengenharia dos espaços, especialmente nos denominados megaprojetos (hidroelétricas, rodovias, etc) e megaeventos (copa do mundo, olimpíada), onde o Estado executa a remoção de comunidades sem levar em consideração seus direitos fundamentais.

Contudo, dentro do Direito Administrativo contemporâneo, onde a supremacia do interesse público não é mais absoluta (como assim não é qualquer princípio), tampouco os atos administrativos discricionários não são tão discricionários como desejaria o administrador público, na concretização de uma sociedade justa e solidária, o direito à moradia apresenta-se como elemento diretor da função social da cidade, demonstrando a obrigação de o gestor buscar, como fim da administração pública, a adequação do espaço urbano na afirmação da dignidade da pessoa humana.

A afirmação tem relevo especialmente quando no Brasil (o ordenamento de interpretação está adstrito ao brasileiro) o governo federal lançou o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), com previsão de investimentos na ordem de R\$ 58,3 bilhões de reais, em quatro anos, em infraestrutura logística, envolvendo a construção e ampliação de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos e hidrovias.

1 Professora Universitária no curso de Direito na Univates, campus de Lajeado. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC. Integrante do Grupo de Estudos “Estado, Administração Pública e Sociedade”, vinculado ao CNPq. Coordenadora do Grupo de estudos Uma Leitura sobre o Direito das Coisas, da Univates. Especialista em Direito Processual e Constitucional pela Universidade de Passo Fundo- UPF. Advogada.

2 Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC/Brasil. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional”, vinculado ao CNPq e coordenado pela Pós-Dra Mônica Clarissa H. Leal, da Unisc. Procurador da República.



Também, devido à realização da Copa do Mundo em 2012 e as Olimpíadas de 2016, grandes obras estão em fase de planejamento, ou em execução, o que exigirá a remoção e realocação de comunidades carentes.

Assim, a primeira parte do artigo trata da cidade como espaço de afirmação da dignidade da pessoa humana, o que delimita a obrigação do gestor público na busca da efetivação da função social da propriedade urbana. Na segunda parte, fala-se sobre o direito à moradia adequada e seu papel de orientação do gestor público no planejamento da cidade. A parte final apresenta o plano diretor como instrumento de concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil em conceber uma função social da propriedade.

II A cidade como espaço de afirmação da dignidade da pessoa humana e a responsabilidade do poder público de efetivar a função social da propriedade urbana

Ao idealizar a cidade, no plano espacial, é preciso considerá-la como expressão material da urbanização³. O processo de urbanização no Brasil vem sendo redigido, paulatinamente, como ensina Leal,

Após os anos 40 e 50, a economia ganha enorme relevo, impondo as dinâmicas urbanas em todo o território, enquanto, antes disso, elas eram ditadas pelas funções administrativas dos diferentes estados. Dado que reforça tal posição é que, no começo do século XX, a evolução demográfica está sujeita a oscilações, e somente após a II Guerra Mundial se dá um crescimento perceptível em todas elas. [...] Com a aceleração do movimento migratório campo/cidade desse período, surge a figura do *loteador pirata*, que compra grandes glebas e revende os piores lotes a famílias mais pobres, exigindo do poder público a infraestrutura necessária; os melhores terrenos acabam valorizando-se sobremaneira. [...] a partir do final da década de 1980, com o advento da Assembleia Constituinte no Brasil, que vamos encontrar espaço mais favorável à discussão sobre as condições e possibilidades de se pensar o processo de urbanização e mesmo de ordenação do espaço urbano com mais seriedade e participação popular.⁴

Somente por força do processo de redemocratização é que o Brasil passou a encarar o movimento de urbanização como um processo necessário aos ajustes sociais e estruturais das cidades, bem como, igualmente, a partir da pulverização do contributo social contido na Carta de 1988, é que a infraestrutura não mais é resultado de autoritarismos irresponsáveis, mas, sobretudo, do incremento da função

3 SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *A urbanização da sociedade: reflexões para um debate sobre as novas formas espaciais*. In: *O Espaço no fim do século: a nova realidade*. São Paulo: Contexto, 2001, p. 87.

4 LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23/24.



social tanto da propriedade, quanto das cidades⁵.

Na cena atual, o tecido urbano se prolifera e irradia preocupações em todo o espaço social, político e jurídico do país, haja vista a complexidade de acompanhar a velocidade em que o Brasil cresce demograficamente sem que tenha havido uma preocupação anterior ou um projeto urbano esperado para tal inchaço. Esse problema cresce a partir do momento em que a sociedade urbanizada tem de absorver a vivência campesina, notadamente desde o fim do século XX, o que denota um alerta sobre as questões sociais, como demonstra Lefebvre:

Crescimento econômico, industrialização, tornados ao mesmo tempo causas e razões supremas, estendem suas consequências ao conjunto dos territórios, regiões, nações, continentes. Resultado: o agrupamento tradicional próprio à vida camponesa, a saber, a aldeia, transforma-se; unidades mais vastas o absorvem ou o recobrem; ele se integra à indústria e ao consumo dos produtos dessa indústria. A concentração da população acompanha a dos meios de produção. O tecido urbano prolifera, estende-se, corrói os resíduos de vida agrária. Estas palavras, “o tecido urbano”, não designam, de maneira restrita, o domínio edificado nas cidades, mas o conjunto das manifestações do predomínio das cidades sobre o campo.⁶

A partir de meados dos anos noventa, forma-se uma nova e complexa realidade metropolitana no Brasil, pois, devido à redemocratização, novos atores envolvem-se na reforma do Estado, tendo em vista a omissão dos gestores públicos em projetar esse novo espaço territorial, conforme leciona Paviani:

Raras são as grandes cidades brasileiras em que o ente municipal ou estadual, ao longo do tempo, fez previsões para suas necessidades futuras de terras para equipamentos ou serviços públicos. Nesse caso, há duas saídas: uma a desapropriação de propriedades privadas, como acontece na abertura de novas avenidas ou construção de escolas e hospitais; a segunda ação liga-se à improvisação e mesmo a acordo com entidades privadas ou órgãos federais que incluem permutas ou convênios de mútuo interesse. Em todos os casos, os movimentos no interior da metrópole envolvem alargamento de sua periferia com a necessidade suplementar de obras viárias, extensão de redes de saneamento básico e de energia elétrica. Por sua vez, o alargamento horizontal de cunho empresarial e a verticalização muitas vezes pouco têm a haver com a demanda efetiva por parte da população.⁷

A concepção de cidadania começa a solidificar-se, na afirmação do direito à cidade como espaço de sociabilidade e propulsor de oportunidades legítimas, apesar dos problemas que ela pode gerar. Numa região como a América Latina,

5 Cuida-se dos valores democráticos e dos instrumentos dessa função social nos pontos III e IV.

6 LEFEBVRE, Henri. *A revolução Urbana*. Trad. Sergio Martins. Belo Horizonte: UFMG, 1999, p. 17.

7 PAVIANI, Aldo. Demandas sociais e ocupação do espaço urbano: o caso de Brasília, DF. *Cadernos Metrópole*, n.21 pp. 75-92 1o sem. 2009. São Paulo: EDUC, p. 78.



onde mais de 80% da população residem em áreas urbanas, o direito à cidade é um eixo de grande significado para a cidadania – que ainda precisa conquistá-lo em sua plenitude – e para o poder político, que tem a obrigação de ajudar essa enorme maioria da população a usufruir de tudo o que a vida urbana pode oferecer⁸.

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito passa a objetivar a igualdade, agora não mais limitada à atuação estatal, mas voltada à busca da reestruturação das relações sociais, devido a seu conteúdo transformador da realidade, ultrapassando o aspecto material de concretização, mas, sobretudo, é fomentando a participação pública na ordem jurídica.

A Carta constitucional brasileira de 1988, ao constituir como objetivos daquela república federativa a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação, fundamenta esse Estado na dignidade da pessoa humana⁹, “pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento”.¹⁰

Dessa feita, verifica-se um progressivo reconhecimento, pelo Ordenamento, da necessidade de se constituir essa ordem social e justa¹¹ prevista pela comunidade brasileira através de seus representantes constituintes, o que resulta a necessidade, nos dias de hoje, de se agregar um conteúdo mínimo social à concepção de propriedade pública e privada, no dimensionamento da cidade, como coloca Leal:

Em outras palavras, a propriedade varia conforme as relações sociais e econômicas de cada momento. O grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que a propriedade já não pode mais ser sustentada, ao gosto do período de codificação acima referido (o que inclui o Brasil), como instituto meramente jurídico e tratado como mônada no âmbito do tecido social em que opera, mas, ao contrário, revela-se insuficiente a abordagem jurídica da propriedade que a descontextualiza de sua natureza social e de suas correlações políticas, o que importa considerá-la como fato/ato jurídico proveniente muito mais de correlações de forças sociais

8 RIOS-NETO, Eduardo Luiz Gonçalves. *Oportunidades perdidas e desafios críticos: a dinâmica demográfica brasileira e as políticas públicas*. Belo Horizonte: ABEP: UNFPA: CNPD, 2009, p. 136.

9 A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e de vida em comunhão com os demais seres humanos. SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, *in Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 60.

10 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social, *in Revista Interesse Público*, nº. 04, 1999, p. 23-48

11 LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 30



– perspectiva fenomenológica – do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo.¹²

Enquanto ambiente natural do homem em sociedade, a cidade necessita ser planejada de uma forma a evitar interferências nas relações da comunidade, sendo sim um espaço de interlocução entre direitos e interesses diversos, muitas vezes contrapostos¹³.

Tentando trabalhar a questão da propriedade de maneira mais justa e, ao mesmo tempo, aplacar o grau de complexidade que lhe era inerente, a Constituição de 1988 veio agregar um conteúdo mínimo na seara social¹⁴, dentre os quais destacam-se os artigos 182 e 183, da Constituição, que irradiam as bases de um “novo direito de propriedade urbana”, exigindo-se não apenas da propriedade privada, mas também da pública o cumprimento de sua função social. Nas palavras de Di Pietro:

No direito brasileiro é possível afirmar que a Constituição adota, expressamente, o princípio da função social da propriedade privada e também agasalha, embora com menos clareza, o princípio da função social da propriedade pública, que vem inserido de forma implícita em alguns dispositivos constitucionais que tratam da política urbana.¹⁵

Considera-se a função social da cidade, do espaço público urbano, e da propriedade, a partir do contexto social dado pela Constituição o uso da mesma de acordo com a finalidade social, ou seja, que não fira o bem da coletividade. Para que haja essa leitura social da questão da propriedade, bem como do espaço coletivo a que ela possa se destinar, é mister que se releve a questão principiológica trazida pela Constituição de 1988.

12 LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais*: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010, p. 120.

13 Os precursores do denominado e moderno direito urbanístico no Brasil defendem que qualquer estudo que busque enfrentar a normatização e ordenação da ocupação do espaço urbano tem de levar em conta vários aspectos, como político, o social, o econômico e o jurídico. Tal normatização tem de alcançar não só o uso da propriedade urbana e urbanizável, de seus equipamentos e de suas atividades, mas a de qualquer área, elemento ou atividade em zona rural que interfira no agrupamento urbano enquanto ambiente natural do homem em sociedade. LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 1998, p. 131.

14 Em que pese a importância do tema, apenas uns exemplos são arrolados aqui, quais sejam: (3) o art. 182, e seguintes, da Constituição atual fixa regras pertinentes à propriedade territorial urbana, referindo-se ao tema da Política Urbana, assim como o art. 184, e seguintes, tratam da propriedade rural no capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária; (4) há, ainda a regulação – art. 185 – sobre a pequena e a média propriedade, garantindo ao seu titular, desde que não possua outra área, ser insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária. Neste sentido, tem-se a disposição do art. 5º, XXVI, como garantia de impenhorabilidade da *pequena propriedade familiar e rural* para pagamento de débitos oriundos de sua atividade produtiva, gozando de meios de financiamento específicos para o seu desenvolvimento; (5) da mesma forma, a pequena propriedade, de até 250 metros quadrados, se urbana, e de até 50 hectares, se rural, destinada à moradia familiar, e, no caso da rural, tornada produtiva pelo possuidor, é suscetível de aquisição por usucapião em prazo de cinco anos, nos termos dos arts. 183 e 191. LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais*: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010. p. 128/129.

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública, *in Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 6, abril/maio/junho de 2006, Salvador, Bahia, consulta em 11.5.2011.



Para a leitura da Constituição Pátria, deve-se antever que ela é fortemente impregnada por valores solidarísticos, de marcada inspiração humanitária. Toda a releitura da legislação infraconstitucional deve, pois, ser revisitada pela filtragem constitucional, que exige uma postura do aplicador do direito, voltada para a promoção dos valores constitucionais. Assim, temas como “cidadania, dignidade da pessoa humana, construção de uma sociedade livre, justa e solidária”¹⁶, nas palavras de Leal:

Falar-se, pois, da função social da cidade no Brasil, em especial a partir da Constituição de 1988, significa reconhecer o custo social do modelo de desenvolvimento imposto à cidadania nacional e, a partir disto, dimensionar as prioridades federais, estaduais e municipais no que tange às políticas de gestão dos interesses efetivamente públicos. [...] *a concretização da função social da cidade, ao menos no Brasil, precisa ser condizente com os demais princípios e objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, insertos no Texto Político vigente, o que significa pressupor o exercício da cidadania na definição das ações voltadas para este sentido, maximizando a realização da justiça social e a busca de uma sociedade justa e solidária, tudo mediado pela responsabilidade compartilhada do Poder Público, mercado e sociedade.*¹⁷

Das observações acima, de total relevância evidenciar a questão do Poder Local e da possibilidade de uma cidadania ativa, na administração de políticas sociais de maneira compartilhada entre sociedade e Estado. Para Hermany, “a cidade deve ser concebida como espaço político de participação dos atores da sociedade, servindo de ambiente de articulação e controle social das decisões públicas”¹⁸.

O processo de democratização da sociedade¹⁹ passa por um permanente e longo pensar acerca de uma linguagem aberta e, também, pela interação das instituições com os valores sociais. Para Leal, “estamos falando de um novo contrato da civilização, que não é mais contrato civil nem contrato civil com o Estado, mas um contrato de cada um com todos que fazem parte da comunidade nacional”²⁰.

16 LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 34.

17 LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 41/42. (grifo nosso)

18 HERMANY, Ricardo. *Rediscutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: UNISC/IPR, 2007, p. 267.

19 Na sociedade que desponta para o terceiro milênio, mais capacidade de governo significará maior capacidade de gestão e de decisão política na própria base da sociedade. O problema pode ser colocado da seguinte forma: como pode-se continuar a raciocinar em termos de pirâmide autoritária do poder quando a complexidade, diversidade e ritmo de mudança da sociedade exigem formas de regulação extremamente ágeis, flexíveis e ajustadas a situações muito diferentes? E o reverso simétrico do problema é o seguinte: como o respeito à capacidade de decisão de milhões de atores sociais diferenciados poderá assegurar a coerência do conjunto? . DAWBOR, Ladislau. *A reprodução social*. III- Descentralização e participação: as novas tendências. São Paulo: Vozes, 2001, p. 9.

20 LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 74.



III O plano diretor como instrumento de afirmação do direito à moradia adequada

Não obstante, a participação social deverá buscar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, pois esse somente será alcançado na medida em que todos tenham acesso à moradia, ao saneamento básico, ao transporte público, à segurança, atendendo às necessidades humanas básicas de sobrevivência e de coexistência.²¹

Assim, dentro dessa atividade de planejamento e execução de políticas de urbanização, o gestor público deve levar em conta a multiplicidade de interesses contidos nessa construção, o que transforma a atividade em algo complexo e contrastante porque:

A cidade aqui é entendida não apenas como um lugar no mapa da sociedade nacional, mas de forma diversa, múltipla, pois reconhecemos que é nela que podemos encontrar as condições e os produtos da dinâmica das relações sociais, do jogo das forças políticas e econômicas, da trama das produções culturais.²²

Dessa feita, dentre os direitos referênciados desse planejamento está o direito à moradia adequada.

III. a) O direito fundamental à moradia adequada: seu papel no Direito brasileiro

O direito à moradia adequada está contido nos direitos sociais concebidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, ato reflexivo da barbárie humana da 2ª Guerra Mundial, cuja consequência fora o despertar da comunidade à necessidade de um reconhecimento formal da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, como fundamento da liberdade, da justiça social e da paz no mundo.

Nesse sentido, afirmou-se que toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e os recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade²³.

Os direitos sociais - classificados na doutrina como “direitos de 2ª geração” (ou dimensão) - surgem no momento em que a igualdade perante a lei (igualdade formal) não era mais suficiente para garantir a harmonia social; são concebidos como uma forma de proteção da comunidade frente ao liberalismo capitalista opressor, exigindo-se do Estado uma participação ativa na vida da comunidade, através da regulação do mercado e da intervenção na produção, destinando recursos públicos a gastos sociais.

Os direitos fundamentais sociais, em sua principal característica, são direitos

21 GARCIA, Maria. A cidade e o direito à habitação. Normas Programáticas na Constituição Federal, in *Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, nº 61, out-dez/2007, São Paulo: RT, p. 185.

22 LEAL, Rogério Gesta. A função social da propriedade e da cidade no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 1998, p. 115.

23 Declaração Universal dos Direitos Humanos, art XXII.



a ações positivas,²⁴ não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais.²⁵ Nas palavras de Lafer:

(...) É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos - como o direito ao trabalho, à saúde, à educação - têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (...)²⁶

Conforme Leivas, os direitos fundamentais sociais são

direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer na mão da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional.²⁷

O direito à moradia adequada está descrito no art XXV da Declaração²⁸. Também no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), os Estados Partes no presente Pacto reconheceram o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas

24 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 87.

25 KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2002, p. 19.

26 LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia de Letras, 1988, p. 127 e 130-131.

27 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 87.

28 Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.



condições de existência, devendo aqueles tomar medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida. Como direito humano, é um direito universal, imprescritível, inalienável e interdependente dos demais direitos fundamentais, visto que

Existe um liame entre ele e o direito à vida, à integralidade física, à educação, à assistência, ao segredo doméstico, à inviolabilidade do domicílio etc., demonstrando que é um direito interdependente, não isolado, portanto conjugado a outros direitos também fundamentais.²⁹

O direito à moradia adequada foi integrado ao rol de direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira, descritos no artigo 6º daquela, no ano de 2006, por intermédio da Emenda Constitucional nº 26³⁰, recebendo assim a nota de fundamentalidade para sua exigibilidade imediata. Sua complexidade conceitual tem dificultado a definição conceitual, pois:

O direito à habitação vincula-se, assim, diretamente ao direito à vida e à liberdade cuja inviolabilidade encontra-se garantida pela Constituição no seu art. 5º e atende a uma necessidade instintiva do ser humano, diante da natureza - ou da “selva da cidade”, o refúgio animal influenciando, por essa forma, também na saúde psíquica do homem.³¹

Assim, ao invés de uma definição fechada, traz-se um rol de condições contidas nesse direito. O direito à moradia adequada deve incluir uma condição de ocupação estável, com “segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem, incluindo um conjunto de garantias legais e judiciais contra despejos forçados”³²; acesso a serviços, bens públicos, bens ambientais, e infra-estrutura; boas condições de habitação, respeitado um tamanho mínimo, com proteção contra intempéries do clima; localização adequada, permitindo acesso ao emprego, serviço de saúde, educação etc; e adequação cultural, respeitando-se a identidade cultural e a diversidade dos indivíduos e grupos que a habitam.

29 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação. Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. 2ª ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

30 Emenda Constitucional nº 26/2000: Art. 1º O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (NR)

31 GARCIA, Maria. A cidade e o direito à habitação. Normas Programáticas na Constituição Federal, *in Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, nº 61, out-dez/2007, São Paulo: RT, p. 186.

32 SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Daniel Sarmento (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 40.



III. b) O plano diretor como instrumento de afirmação do direito à moradia adequada.

Nesse sentido, não há como se pensar em um direito à cidade asilado de um direito à moradia adequada. Conforme Sarlet,

resta evidente a conexão do direito à moradia (na sua dimensão compreensiva e complexa já indicada) com o que já se tem designado de um direito à cidade, visto que, como bem averba Gerardo Pisarello, quando se abandona o âmbito restrito da unidade habitacional concreta, a vinculação da moradia com seu entorno e com o desenho urbanístico em geral é unívoco.³³

Dentro deste “complexo heterogêneo de direitos (e deveres) negativos e positivos”³⁴ que se apresenta o direito à moradia adequada, para o artigo importa ressaltar a importância da estabilidade da ocupação da moradia, inclusive com a previsão de instrumentos de salvaguarda da posse e de proteção contra remoções e despejos forçados.

Conforme o Relatório elaborado em 2009, pela Relatora Especial das Organizações da Nações Unidas para o Direito à Moradia Adequada, Raquel Rolnik, quando dos preparativos dos megaeventos:

Los desplazamientos y los desalojos forzados son características comunes de los preparativos de los megaeventos. El aumento de la demanda de espacio para construir locales deportivos, alojamiento y carreteras se canaliza mediante proyectos de rehabilitación urbana que frecuentemente hacen necesaria la demolición de viviendas existentes y la apertura de espacios para nuevas obras. La importancia que se concede a la creación de una nueva imagen internacional de la ciudad, como parte integrante de la preparación de los juegos, supone a menudo la eliminación de las manifestaciones de pobreza y subdesarrollo por conducto de proyectos de reurbanización que dan prioridad al embellecimiento urbano antes que a las necesidades de los residentes locales. Puesto que las autoridades públicas utilizan la organización de los megaeventos como catalizador para la regeneración de su ciudad, los residentes de las zonas afectadas pueden enfrentar desplazamientos masivos, desalojos forzados y la demolición de sus hogares. También pueden ocurrir desplazamientos a causa de las medidas adoptadas por las autoridades locales para eliminar rápidamente tugurios antiestéticos de las zonas frecuentadas por los visitantes, aunque no lo hagan en el marco de proyectos

33 SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Daniel Sarmento (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 41.

34 Expressão utilizada por Ingo SARLET (coord.) em seu artigo Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Daniel Sarmento (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 28.



generales de rehabilitación.³⁵

O referido Relatório ensejou a expedição de Resolução sobre megaeventos e direito à moradia adequada, pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, onde este clama aos Estados, no contexto dos megaeventos, a promoção do direito à moradia adequada e a criação de um legado habitacional sustentável e orientado para o desenvolvimento, garantindo a efetiva participação das comunidades locais afetadas nos processos.

No Brasil, até por seu *status* de direito fundamental, o direito à moradia adequada deve ser considerado no momento de se pensar a cidade, especialmente quando as alterações físicas importarão em necessárias remoções de comunidades. Conforme Gomes:

A política municipal de habitação precisa ser elaborada com a seguinte perspectiva: sempre que for viável, a regularização urbanística é a medida a ser adotada pelo Município diante da ocupação irregular. Ao lado da alimentação, a habitação figura no rol das necessidades mais básicas do ser humano. Para cada indivíduo desenvolver sua capacidade e até se integrar socialmente, é fundamental possuir morada.³⁶

Ora, pensar a cidade, através de seu plano diretor, é levar em consideração o papel de espaço de afirmação da dignidade de seus habitantes, o que somente pode ser alcançado com a participação social, confirmando uma mútua relação Estado sociedade, pois

Vimos que os princípios fundamentais que orientam a construção desse espaço são extraídos de uma concepção de espacialidade que repousa sobre a lei, geral, uniforme e democrática. Trata-se de uma formalização social que possui em sua base uma divisão territorial das práticas sociais, seguindo a ideia de direito e de justiça. O espaço se estrutura pela aplicação de diferentes regras que classificam e hierarquizam os territórios. A cidade é o terreno privilegiado dessa matriz, na medida em que o tecido urbano é composto justamente da relação entre esses dois elementos fundamentais do espaço.[...] *não pode haver cidadania sem democracia, não pode haver cidadania sem espaços públicos, e o espaço público não pode existir sem uma dimensão física.*³⁷

Compete ao administrador público brasileiro a função de planejamento e

35 Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sra. Raquel Rolnik, consultado em 13.5.2011, in <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/176/16/PDF/G0917616.pdf?OpenElement>

36 GOMES, Marcos Pinto Correia. O direito social à moradia e os municípios brasileiros, in <http://jus.uol.com.br>, publicado em 12/2005, consulta em 10.5.2011, p. 01.

37 GOMES, Paulo Cesar da Costa. *A condição urbana: ensaios de geopolítica da cidade*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002, p. 167/168.[grifo nosso].



execução de políticas públicas para garantia do direito à moradia, pois todos os entes da federação³⁸ possuem competência para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico e combate às causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos³⁹.

Não por outra razão que o constituinte originário, ao tratar da política de desenvolvimento urbano, dissera ser objetivo dessa política o ordenamento do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo-se, assim, o bem-estar de seus habitantes⁴⁰. Todavia, como as pessoas residem nos Municípios, competem a eles a identificação das necessidades de moradia em seu espaço territorial⁴¹.

A política urbana brasileira teve como marco importante na busca pela implementação de política de gestão do espaço público⁴², com os atributos que demandam a Constituição Pátria, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 - o, Estatuto da Cidade, norma que contém a regulação das cidades. Explica Leal:

O Estatuto da Cidade adquiriu o *status* de ser o novo marco institucional na trajetória da tão apregoada reforma urbana, isto porque se preocupa com o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades, garantindo o direito às cidades sustentáveis. Em vários artigos e parágrafos, esse direito é especificado, propondo-se a ordenar e a controlar o uso do solo de forma a evitar a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental.⁴³

O Estatuto prima por evidenciar uma eleição de valores éticos e sociais como propulsores de uma sociedade democrática. Não contém apenas normas regidas acerca da propriedade, mas, sobretudo, tem em seu bojo a questão ideológica e política trazidas pelo processo de democratização do país.

Na avaliação do Estatuto, ao labor dos Princípios constitucionais, Leal coloca:

[...]apreciar as diretrizes do Estatuto da Cidade como verdadeiros princípios jurídicos ordenadores de toda e qualquer ação urbanística, levando em conta que elas, no ordenamento jurídico urbano nacional,

38 A divisão territorial-administrativa no Brasil está assim disposta: União, Estados e Municípios, tendo cada ente autonomia administrativa.

39 Constituição Federal do Brasil, art 23, incisos IX e X.

40 Constituição Federal do Brasil, art 182, *caput*..

41 GAZOLA, Patrícia Marques. Concretização do direito à moradia. Teoria e prática. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 76.

42 Boa parte dos municípios brasileiros tem seu território ocupado em desacordo com a legislação urbanística – na verdade a formação do território nacional é marcada por tal historiografia. Por tais motivos, pode-se afirmar que não existe consciência coletiva urbanística ou ambientalista que se preocupe com as ocupações desordenadas que geram a deterioração do meio ambiente e o caos social. Assim, loteamentos clandestinos ou em áreas de proteção aos mananciais, favelas, condomínios em áreas rurais e invasões de terras, são uma constante no cenário surreal da (des) ordem urbana, o que revela ser muito grande a defasagem entre o modelo adotado pela legislação urbanística e a vida da cidade real, eis que a tônica do uso do solo e das construções nas cidades é a irregularidade. LEAL, Rogério Gesta. “Impactos econômicos...”Op. cit p. 133.

43 LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais*: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010 p. 134.



operam com certo grau de abstração, pelo fato de carecerem de meações concretizadoras, todavia, com papel fundamental devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes do direito urbanístico, figurando como verdadeiros *standars* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de termos cidades sustentáveis, e por isto, fundamentando regras, ações e responsabilidades atinentes à espécie.⁴⁴

Seu conteúdo baseia-se nos princípios fundamentais de Gestão Democrática da Cidade e da Função Social da Propriedade e busca proporcionar uma maior inclusão dos cidadãos nas cidades e aproximar a sociedade através da participação e do controle, e ainda, garantir o uso justo do espaço urbano.

O Estatuto prevê que os Municípios deverão implementar uma política urbana voltada para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, prevendo, em seu artigo 2º, os objetivos da política urbana municipal⁴⁵. É,



44 LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010* p. 154.

45 SANTIN, Janaína Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Gestão Democrática da Cidade: novo paradigma para a administração pública. *Revista do Direito*, n. 27, p. 35-52, jan/jun 2007, Santa Cruz do Sul: Edunisc, p. 44/45.

de fato, no segundo artigo⁴⁶ do Estatuto que se verifica intenção do legislador em implementar diretrizes que apontam para uma gestão democrática no que tange ao espaço urbano.

Observa Santin sobre alguns dispositivos:

No artigo 2 do Estatuto da Cidade apontam para uma gestão democrática por meio da participação popular no planejamento do municipal; cooperação entre os governos e iniciativa privada; e audiências do Poder Público e da população interessada sobre processos de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente, conforto ou segurança da população. Já o artigo 4 prevê que as ações do governo

46 Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e às necessidades da população e às características locais; VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência; VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos; XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social. BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO. LEI Nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.



para efetivação dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade deve ser objeto de controle social, garantida a participação popular.⁴⁷

O Estatuto estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. Traz como objetivo da política urbana ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Possui como diretrizes a gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente.

Também são diretrizes a integração e a complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência; a adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; a adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais.

Contudo, para o presente trabalho, a principal diretriz é a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações, procedendo-se a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais, bem como a simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais.

Assim, instrumentos como as zonas de especial interesse social, a concessão de direito real de uso, a concessão de direito real de uso especial para fins de moradia e a usucapião especial e coletiva de imóvel urbano afirmam a importância do direito à moradia como corolário da dignidade da pessoa humana, competindo ao administrador empreender todos os meios possíveis para a sua proteção, na afirmação da cidadania, ou, como coloca Vieira,

47 SANTIN, Janaína Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Gestão Democrática da Cidade: novo paradigma para a administração pública. *Revista do Direito*, n. 27, p. 35-52, jan/jun 2007, Santa Cruz do Sul: Edunisc, p.. p. 45



a democracia não é apenas um regime político com partido e eleições livres. É sobretudo uma forma de existência social. Democrática é uma sociedade aberta, que permite sempre a criação de novos direitos [...] Num Estado democrático, cabe ao Direito o papel normativo de regular as relações interindividuais, as relações entre indivíduos e o Estado, entre os direitos civis e os deveres cívicos, entre os direitos e deveres da cidadania, definindo as regras do jogo da vida democrática. A cidadania poderá, dessa forma, cumprir um papel libertador e contribuir para a emancipação humana, abrindo “novos espaços de liberdade”.⁴⁸

Na busca desse fim, o plano diretor produzido pelos representantes da comunidade, eleitos de forma democrática, terá uma grande importância para efetivar os objetivos da Constituição Federal, garantindo o cumprimento da função social da cidade como um espaço de liberdade e de concretização da dignidade da pessoa humana.

Considerações Finais

À guisa de conclusão, traz o trabalho uma visão da função social da cidade dentro do sistema jurídico brasileiro, em especial com o advento da Lei nº 10.257/2001 – o Estatuto da Cidade - contendo diretrizes democráticas na administração do espaço urbano.

Há muitos anos o perfil das cidades brasileiras tem se modificado. Sem que tenha havido um projeto anterior ao desenvolvimento urbano, sobre o impacto do crescimento populacional, ou mesmo da extensão territorial considerável das cidades, o país vê-se diante de problemas sociais resultantes do inchaço populacional das cidades grandes (receptoras dos fluxos migratórios), bem como ausente de políticas públicas – eficazes - no que tange à administração do espaço urbano.

Somente com o processo de redemocratização do país é que o Brasil passou a considerar uma política séria de estruturação das cidades, com a possibilidade de uma projeção pensada na melhor distribuição dos espaços urbanos, e, fundamentalmente, no uso com fim social da propriedade e da cidade.

A Constituição Federal brasileira de 1988 restringiu o caráter absoluto da propriedade, imputando-lhe a necessidade de cumprir uma função social. Ademais, afirmou que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, terá por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Ademais, definiu o plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, onde a propriedade urbana somente cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas neste plano diretor.

Também afirmou a Constituição Federal o direito fundamental à moradia, não se concebendo falar em função social da cidade sem se pensar no referido direito. A violação desse direito é preocupação internacional e especial atenção deve receber

48 VIEIRA, Liszt. Cidadania e globalização. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 41.



no Brasil, visto aos Programa de Aceleração de Crescimento, bem como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016, megaeventos causadores de violações ao direito à moradia adequada devido a remoções e despejos forçados de comunidades.

Contudo, o Brasil possui uma democracia sólida, com ordenamento jurídico suficiente à proteção do direito à moradia. O Estatuto da Cidade, ao regulamentar os artigos 183 e 184 da Constituição Federal, trouxe como diretriz a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Urge que o fim social trazido pelo Estatuto da cidade seja de fato consolidado através de políticas públicas eficientes de uso da propriedade e desenvolvimento da administração das cidades, no que tange ao espaço urbano, para que a sua expansão não seja sempre motivo de exclusão. Se o país possui um instrumento de apoio legal, que recepciona a soberania popular e a gestão democrática em seu conteúdo – já referendada na Constituição de 1988 - , não há motivos para que se descuide de observar padrões de organização social e diretrizes responsáveis que valorizem o fator social-humano da cidade.

O plano diretor, nesse sentido, apresenta-se como um instrumento de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação, fundamenta esse Estado na dignidade da pessoa humana.

Referências

BRASIL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO. LEI Nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

CADERNO OBSERVATÓRIO DAS METRÓPOLES http://www.observatoriodasmetro-poles.net/index.php?option=com_content&view=article&id=76%3Arodrigues1&catid=34%3Aartigos&lang=pt Acesso em 22 de maio de 2010.

DAWBOR, Ladislau. *A reprodução social*. III: Descentralização e participação: as novas tendências. São Paulo: Vozes, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública, in: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 6, abril/maio/junho de 2006, Salvador, Bahia, consulta em 11.5.2011.

GARCIA, Maria. A cidade e o direito à habitação. Normas Programáticas na Constituição Federal, in: *Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, nº 61, out-dez/2007, São Paulo: RT.

GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do direito à moradia. Teoria e prática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

GOMES, Marcos Pinto Correia. *O direito social à moradia e os municípios brasileiros*,



in <http://jus.uol.com.br>, publicado em 12/2005, consulta em 10.5.2011.

GOMES, Paulo Cesar da Costa. *A condição urbana: ensaios de geopolítica da cidade*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.

HERMANY, Ricardo. *Rediscutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: UNISC/IPR, 2007.

Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sra. Raquel Rolnik, consultado em 13.5.2011, in <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/176/16/PDF/G0917616.pdf?OpenElement>

JULIOS-CAMPUZANO. Afonso de. *Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos*. Col. Direito e Sociedade Contemporânea. Trad. Clóvis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia de Letras, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 1998.

_____. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23/24.

_____. Esfera Pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: *Administração Pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.

_____. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEFEBVRE, Henri. *A revolução Urbana*. Trad. Sergio Martins. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PAVIANI, Aldo. Demandas sociais e ocupação do espaço urbano: o caso de Brasília, DF. *Cadernos Metrópole*, n.21 pp. 75-92 1o sem. 2009. São Paulo: EDUC.

RIOS-NETO, Eduardo Luiz Gonçalves. *Oportunidades perdidas e desafios críticos: a dinâmica demográfica brasileira e as políticas públicas*. Belo Horizonte: ABEP: UNFPA: CNPD, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a



Exclusão Social, in: *Revista Interesse Público*, nº. 04, 1999.

SANTIN, Janaína Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Gestão Democrática da Cidade: novo paradigma para a administração pública. *Revista do Direito*, n. 27, p. 35-52, jan/jun 2007, Santa Cruz do Sul: Edunisc.

SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, in *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. (coord.). *Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, in: *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Daniel Sarmento (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação. Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. 2ª ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *A urbanização da sociedade: reflexões para um debate sobre as novas formas espaciais*. In: *O Espaço no fim do século: a nova realidade.*, São Paulo: Contexto, 2001, p. 87.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.



SUSTENTABILIDADE DO TRÂNSITO E MOBILIDADE URBANA: ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS FORMULADAS PARA O MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL

Fábio Scopel Vanin¹
Liane Pioner Sartori²
Marcio Wildner³

1 INTRODUÇÃO

A situação caótica do trânsito e da mobilidade é uma das consequências da falta de planejamento da ocupação urbana e tem-se apresentado como um dos mais graves problemas dos grandes centros urbanos. O sistema de transporte, da forma como se encontra, não pode ser considerado sustentável, pois tem incentivado a utilização de veículos motorizados individuais, o que ocasiona problemas de ordem socioeconômica e ambiental.

Os problemas socioeconômicos se dão, pois os veículos não são acessíveis a toda a população, fazendo com que parte dela fique sem mobilidade ou com uma mobilidade limitada. Já os ambientais decorrem da abertura e pavimentação de uma quantidade cada vez maior de vias, o que ocasiona uma utilização desenfreada do solo, que é um recurso natural, e da utilização de veículos que funcionam através da utilização de combustíveis não renováveis, como o petróleo.

Em reação a esse problema, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei Federal, que dispõe sobre a Política Nacional de Trânsito e Mobilidade Urbana. O texto em tramitação propõe uma priorização do transporte coletivo, o incentivo a veículos que utilizem energias limpas, dentre outras inovações que vão ao encontro das garantias de uma melhor qualidade de vida e bem-estar da população.

Alguns Municípios, como é o caso de Caxias do Sul, têm aprovado normas, no sentido de orientar as Políticas Públicas de Trânsito e Mobilidade Urbana para um rumo sustentável. A partir desse quadro, e tendo-se em conta problemas de mobilidade enfrentados por municípios, objetiva-se analisar a situação desta legislação local acerca dos transportes e da mobilidade urbana no que tange à sustentabilidade.

- 1 Mestre em Direito Ambiental pela UCS. Professor convidado da Disciplina de Direito Tributário do Curso de Pós-Graduação (Especialização) em Direito Empresarial da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Sócio-Diretor de Direito Tributário da TWL Advogados Associados. E-mail: marciowildner@gmail.com.br.
- 2 Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul/RS; Assessora de Juiz de Direito junto à Primeira Vara Judicial da Comarca de Farroupilha/RS. E-mail: liane.sartoti@gmail.com
- 3 Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul/RS. Professor da Faculdade América Latina. Coordenador Jurídico da Secretaria Municipal do Meio Ambiente de Caxias do Sul-RS. Advogado. E-mail: fabiovanin@terra.com.br.



2 CONTEXTUALIZAÇÃO DE CIDADE E O PROCESSO DE URBANIZAÇÃO

Dentro da perspectiva do objeto do presente estudo, é interessante oferecer, de início, uma contextualização da cidade, do ponto de vista do processo de urbanização e do reflexo desse no cotidiano. Com o passar dos tempos, principalmente em função do desenvolvimento socioeconômico, as coletividades aperfeiçoaram seu senso de organização, passando a ocupar espaços cada vez menores que, com o aumento populacional, foram tomados por uma quantidade cada vez maior de pessoas, dividindo não apenas o próprio espaço, mas também os recursos – naturais ou artificiais – que estiverem à sua disposição neste contexto, que se caracteriza como urbano. M. Castells apresenta uma definição para o termo “urbano”:

A noção de urbano (oposta a rural) pertence à dicotomia ideológica sociedade tradicional/sociedade moderna, e refere-se a uma certa heterogeneidade social e funcional, sem poder defini-la de outra forma senão pela sua distância, mais ou menos grande, com respeito à sociedade moderna.⁴

Nesse contexto de urbanidade é que se insere a cidade, agrupamento que se caracteriza pelo dinamismo, de acordo com as necessidades e recursos disponíveis, e que sofre as influências permanentes das relações humanas, sejam elas de ordem social, econômica ou cultural, bem como dos avanços em termos de tecnologia. Além disso, é notável a confluência, para um mesmo ponto urbano, de comunidades que dividem, de alguma forma, características e interesses comuns, que se aproximam para criar um senso coletivo dentro do qual possam se desenvolver, enquanto indivíduos e membros de uma coletividade. Nessa linha, D. Timms observa:

La comunidad urbana no es ni una masa indiferenciada ni una reunión casual de personas y edificios. Desde el punto de vista de la diferenciación residencial de la ciudad, la estructura urbana nos recuerda um mosaico de mundos sociales. Las poblaciones similares se agrupan y llegan a caracterizar las áreas em las que se asientan.⁵

Todavia, em que pese essa aproximação de semelhantes, e o mencionado caráter de dinamismo das cidades, é nelas que se aprofunda a desigualdade social, eis que o desenvolvimento, notadamente tecnológico, não chega a todos com a mesma velocidade, quiçá com a mesma intensidade. E a concentração populacional possivelmente seja um dos meios em que as desigualdades sociais se desnudam com maior contundência, revelando suas consequências. A realidade brasileira não se afasta desta noção, eis que, de acordo com os dados apresentados no Censo Demográfico promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no

4 CASTELLS, Manuel. A questão urbana. Trad. Arlene Caetano. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 47.

5 TIMMS, Duncan. El mosaico urbano: hacia una teoría de La diferenciación residencial. Trad. Santiago Tellez Olmo. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1976, p. 13.



ano de 2000 ⁶, a grande maioria da população brasileira vive em espaços urbanos, como observa M. Souza:

De acordo com o Censo Demográfico de 2000 do IBGE, cerca de 82% da população brasileira viviam, naquela época, em espaços considerados urbanos (cidades e vilas). (...). Mas, seja como for, o fato é que o Brasil é, realmente, um País predominantemente urbano, e que se urbaniza mais e mais, em grande velocidade.⁷

E são notáveis os reflexos desta situação: a periferação do crescimento, com a expansão das favelas; violência e criminalidade crescentes nestas áreas, a partir de uma segregação espacial da pobreza; aumento do desemprego e do exercício de atividade econômica informal; enchentes, poluição do ar e das águas, desmoronamento de encostas, decorrente do aumento da informalidade do uso do solo, dentre outros, refletem a ausência de políticas públicas abrangentes, capazes de atribuir novas perspectivas de desenvolvimento que, sanando o chamado universo urbano ilegal, propicie a construção de uma nova realidade urbana, mais racional e humana.

Há a formação de um processo de evidente dualidade: ao mesmo tempo em que a modernização dos padrões produtivos e tecnológicos atinge determinadas áreas urbanas, outras regiões, notadamente aquelas em que reina a informalidade do desenvolvimento urbano, experimentam um crescimento da precariedade no acesso aos recursos naturais e equipamentos públicos, além de um decréscimo evidente na qualidade de vida.

E é justamente neste ponto que se verifica, de forma objetiva, o impacto do atual estágio de crescimento das cidades sobre a questão da mobilidade urbana, eis que um número cada vez maior de pessoas depende, para o desenvolvimento de suas atividades, de recursos e equipamentos públicos comuns, acessando-os através de estruturas arcaicas, projetadas e construídas para uma demanda já há muito superada.

Como resultado, a mobilidade urbana sofre sobremaneira os efeitos da demanda atual, principalmente quando considerada a defasada estrutura urbana hoje existente nas metrópoles. Tais efeitos foram ilustrados, com acuidade, por L. Mumford, que afirmou que os inegáveis fatos do congestionamento metropolitano “são visíveis em todas as fases da vida”.⁸

Veja-se que, a partir da periferação do crescimento **acima** referido, há um declínio dos bairros centrais, de modo que as pessoas dependem de deslocamentos cada vez mais longos para ter acesso àquilo que necessitam. Com o aumento das distâncias, aumentam os custos e despende-se mais tempo com os deslocamentos, que estão mais instáveis, dispersos no tempo e de difícil previsão.

O certo é que os novos padrões urbanos são incompatíveis com a rede viária

6 Até o momento em que este estudo estava sendo produzido, ainda não havia sido divulgada a consolidação dos dados coletados no Censo Demográfico promovido em 2010.

7 SOUZA, Marcelo Lopes de. ABC do desenvolvimento urbano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 19-20.

8 MUMFORD, Lewis. A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas. Trad. Neil R. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 591.



existente, e alguns desafios se apresentam neste contexto, a partir da necessidade de integrar os diversos sistemas viários, que sejam flexíveis, de modo a adaptarem-se à demanda crescente, a partir de uma visão global, mas que atenda às especificidades locais, a partir da criação de políticas públicas efetivas. A questão referente à mobilidade urbana, bem como as políticas públicas a ela relacionadas serão a seguir analisadas, de forma aprofundada.

3 PROBLEMAS E SOLUÇÕES DO TRANSPORTE E MOBILIDADE URBANA

Após a contextualização da questão urbana, tentar-se-á sugerir, a partir dos visíveis problemas enfrentados pela mobilidade urbana, algumas soluções pertinentes. O primeiro tema problemático a ser abordado são os congestionamentos, que surgem, entre outros motivos, a partir das mudanças econômicas da população. Hoje, há uma facilitação na aquisição do automóvel, e nesse sentido: “nascem três vezes mais automóveis do que seres humanos, o que naturalmente gera uma disputa pelo espaço, cada vez menor”.⁹ Sobre a matéria, J. Borja e M. Castells apontam:

El incremento de motorización de los hogares y de la renta disponible en una proporción mucho mayor que las subidas experimentadas por los costes de adquisición y funcionamiento del automóvil, ha generado un uso progresivo del vehículo privado e los desplazamientos de todo tipo. El reparto modal automóvil-transporte colectivo ha registrado variaciones en favor del vehículo privado en la mayoría de las grandes ciudades.¹⁰

Uma das soluções do impasse seria o incentivo à utilização de transporte coletivo (ônibus, metrô), situação que passa por um debate e conscientização da população, que vê hoje o automóvel como um objeto de luxo e não está convencida da necessidade de utilizar o transporte coletivo.¹¹ Ademais, a falta de qualidade do transporte coletivo afasta parte da população desta opção. Além disso, o tempo de duração da viagem está longe de ser razoável e proporcional à distância existente entre o tempo e a própria distância, pois “há casos em que o trabalhador passa oito horas diárias deslocando-se”.¹² Certamente essa realidade não traz qualidade de

9 FRAGOMENI, Luiz Henrique C. Um Plano Diretor e o destino de Curitiba, São Paulo, Brasília in CARUSO, Raymundo C. O automóvel: o planejamento urbano e a crise nas cidades. Florianópolis: Ofício, 2010. p. 65-79. P. 66.

10 BORJA, Jordi; CASTELLS, Manuel. Local y global: la gestión de las ciudades en la era de la información. Madri: Taurus, Habitat, 1997. P. 200.

11 Cf. FRAGOMENI, Luiz Henrique C. Um Plano Diretor e o destino de Curitiba, São Paulo, Brasília in CARUSO, Raymundo C. O automóvel: o planejamento urbano e a crise nas cidades. Florianópolis: Ofício, 2010. p. 65-79. P. 75. O incentivo à utilização do transporte coletivo não se faz apenas veiculando propagandas em meios de comunicação, mas oferecendo preço atrativo do transporte coletivo, bem como fornecendo segurança aos passageiros, tanto no interior de cada veículo, como nas paradas de ônibus ou estações de metrô, além de conforto durante o transporte, porque disputar curto espaço com outras pessoas não torna agradável a mobilidade.

12 RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. Direito Urbanístico: Fundamentos para a construção de um Plano Diretor sustentável na área urbana e rural. Caxias do Sul: Educs, 2010. P. 120.



vida. Dessa forma, a “solução para as cidades está na restrição do uso do automóvel ou no seu uso mais racional”.¹³

Outra causa dos problemas advindos da opção pelo transporte individual é a destruição das funções sociais dos centros urbanos para dar espaço ao automóvel, como aconteceu, por exemplo, com parte da Praça Dante Alighieri, em Caxias do Sul, que deu lugar à continuidade da Av. Júlio de Castilhos, ou como ocorre em locais onde há estreitamento das calçadas para aumentar o espaço dos automóveis, salientando-se que há locais em que a despreocupação com o homem em detrimento à preocupação que se tem com automóveis é tamanha a ponto de inexistir calçadas em determinadas ruas.¹⁴

Nas palavras de A. Rech:

[...]a falta de previsão de um sistema viário adequado para o transporte de bens e pessoas, tem obrigado os administradores a retirarem os espaços destinados à convivência do homem, prejudicando a qualidade de vida.¹⁵

Outra indicação que pode ser vista como solução para a problemática do trânsito e mobilidade urbana é a proposta indicada por R. Sparenberger, que dispõe que cidade pode ser entendida a partir de seus fragmentos,¹⁶ no que se incluem a descentralização do sistema de transporte e mobilidade urbana. Tal sugestão é imprescindível, uma vez que o incentivo à não utilização de veículos individuais motorizados pode se dar no encurtamento das distâncias.

Nesse sentido, L. Fragomeni indica que a existência de diversidade de funções, como instituições financeiras, correio, supermercados, num único local, prejudica a mobilidade urbana, porque obriga as pessoas a irem para o mesmo local, ao passo que, se os bairros tivessem “um padrão mínimo de qualidade”, certamente os congestionamentos do centro da cidade diminuiriam.¹⁷

A concentração de atividades, somada ao aumento da utilização de veículos individuais motorizados, causam uma queda na qualidade de vida, conforme dispõem os autores J. Borja e M. Castells:

13 FRAGOMENI, Luiz Henrique C. Um Plano Diretor e o destino de Curitiba, São Paulo, Brasília in CARUSO, Raymundo C. O automóvel: o planejamento urbano e a crise nas cidades. Florianópolis: Ofício, 2010. p. 65-79. P. 78.

14 Cf. BORJA, Jordi; CASTELLS, Manuel. Local y global: la gestión de las ciudades en la era de la información. Madri: Taurus, Habitat, 1997. P. 201 “Ya en la actualidad, al mayoría de las ciudades, grandes, medinas y pequeñas, tienen problemas de saturación y congestión a causa de avalancha automovilística en un tejido urbano que tiene unas capacidades, tanto espaciales como ambientales limitadas. A nivel espacial, por ejemplo, el tráfico automovilístico ocupa aproximadamente el 80 por ciento de la superficie viaria, y ello a pesar de que apenas llegan al 20 por ciento las personas que diariamente se mueven en la ciudad utilizando este medio de transporte.”

15 RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. Direito Urbanístico: Fundamentos para a construção de um Plano Diretor sustentável na área urbana e rural. Caxias do Sul: Educs, 2010. P. 119.

16 SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; MARTINS, Ezequiel. *Urbanização, Estatuto da Cidade e meio ambiente*. Revista Trabalho e Ambiente. V.3, n.4, jan./jun.2005. Caxias do Sul: EDUCS, 2005. P. 25

17 FRAGOMENI, Luiz Henrique C. Um Plano Diretor e o destino de Curitiba, São Paulo, Brasília in CARUSO, Raymundo C. O automóvel: o planejamento urbano e a crise nas cidades. Florianópolis: Ofício, 2010. p. 65-79.. P. 78



Las áreas centrales de las ciudades acusan, portanto, un empeoramiento notable de los niveles de calidad del aire y de contaminación acústica, así como un aumento de los tiempos de desplazamiento en la ciudad, con la consiguiente pérdida de competitividad y calidad de vida.¹⁸

Também, o urbanista L. Fragomeni sugere uma “revisão nacional do que é um município”, sustentando que cada município é diferente do outro, seja em tamanho físico, seja em desenvolvimento econômico, seja em população, seja em quantidade de poluição que despeja na atmosfera. De acordo com o estudioso, que compara a grande São Paulo com a bucólica cidade de São Gabriel da Cachoeira (AM), os municípios não podem ter as mesmas obrigações, pois a cidade de São Paulo tem obrigações “que são de alcance nacional”, destacando, ainda, que os municípios têm assumido uma grande quantidade de atribuições, mas os seus recursos são escassos, o que dificulta o investimento em planejamento de trânsito e mobilidade urbana. Assim, o autor sugere que “o nosso sistema federativo e republicano ainda precisa ser aprimorado, porque o Estado Federal é centralizador e ainda tem muito poder”.¹⁹

Como se pode ver, inúmeros são os problemas apresentados pela mobilidade urbana, assim como são várias as modificações (culturais, econômicas, sociais) necessárias para evitar os impasses atinentes à mobilidade urbana.

Considerando que um planejamento bem feito torna a busca por soluções mais barata, A. Rech afirma que o sistema viário deve ser definido em dois momentos, quais sejam: o Macrossistema Viário de Transporte, que deve ser definido no Plano Diretor, e o Microssistema Viário ou Vias Locais, que pode ser definido na lei do parcelamento do solo.

Dessa forma, verificado o processo de urbanização e a indicação de problemas e soluções acerca da mobilidade urbana, cabe agora, para a consecução do objetivo proposto, verificar quais são as normas e as políticas públicas de Mobilidade Urbana do Município de Caxias do Sul, relacionando-as a pressupostos básicos de sustentabilidade.

3 AS NORMAS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE MOBILIDADE URBANA DO MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL E A SUA RELAÇÃO COM A SUSTENTABILIDADE

Importante frisar que os problemas urbanos, em especial os impactos ambientais, são caracterizados por uma interligação. Portanto, a busca por soluções, na maioria das vezes, dependerá não de ações pontuais, mas de um programa integrado que garanta a sustentabilidade urbana plena.²⁰

18 BORJA, Jordi; CASTELLS, Manuel. Local y global: la gestión de las ciudades en la era de la información. Madri: Taurus, Habitat, 1997. P. 200.

19 FRAGOMENI, Luiz Henrique C. Um Plano Diretor e o destino de Curitiba, São Paulo, Brasília in CARUSO, Raymundo C. O automóvel: o planejamento urbano e a crise nas cidades. Florianópolis: Ofício, 2010. p. 65-79. 69- 70

20 SILVA, Lucia Sousa e; TRAVASSOS, Luciana. *Problemas ambientais urbanos: desafios para a elaboração de políticas públicas integradas*. Disponível em http://web.observatoriodasmetroles.net/download/cm_artigos/cm19_118.pdf. Acesso em 05/01/2010. p. 41-42.



No presente trabalho, as normas que tratam do trânsito e da mobilidade urbana no Município de Caxias do Sul serão avaliadas à letra da lei (independentemente da análise de sua implementação) e de forma isolada, para que fiquem evidentes suas características, salientando-se que se tem consciência de que a superação de possíveis problemas depende de estudo sistêmico do Município.

Feitas as ressalvas **acima**, pode-se dizer que a “indústria de transportes” motiva um grande consumo de recursos não renováveis, sendo peça chave na equação da sustentabilidade.²¹ As autoras C. Bowns e C. da Silva destacam que os conceitos de transporte e de mobilidade sustentável são “paradigmas novos para o movimento de pessoas e mercadorias através do espaço” e devem levar em consideração os impactos sociais, ambientais e econômicos. As referidas autoras, ainda, ressaltam que as três dimensões da sustentabilidade não têm sido pesquisadas igualmente: apesar da inegável importância das pesquisas no que tange ao transporte e à mobilidade urbana, tem-se demonstrado pouca ou nenhuma preocupação em avaliar como o transporte afeta o bem-estar social. De acordo como o estudo realizado pelas pesquisadoras:

Os sistemas de transporte não alcançarão a sustentabilidade verdadeira e duradoura a não ser que seus aspectos sociais sejam profundamente explorados e conhecidos, e que a sociedade os reconheça como componentes intrínsecos e necessários do transporte.²²

Segundo as recém-citadas pesquisadoras, mobilidade é “um importante indicador da qualidade de vida”, uma vez que “mover-se na cidade é requisito básico ao desenvolvimento da maioria das atividades humanas”: “a mobilidade está diretamente ligada à inclusão social”. Assim, o investimento em equipamentos urbanos que priorizarem o transporte individual atenderá às necessidades de uma parcela da população que tem condições de adquirir e usar o carro como forma de locomoção e, conseqüentemente, será melhorada a mobilidade de alguns em detrimentos da mobilidade de outros.²³

Mas além do aspecto social, as questões ambientais e econômicas também devem ser observadas. Neste sentido, C. Bowns e C. da Silva apontam como conceito de transporte sustentável aquele que “deve ser economicamente acessível, eficiente, oferecendo opções de modos de transporte, limitando as emissões de poluentes e o

21 BOWNS, Caru; SILVA, Carolina Pescatori Candido da. *Transporte e Equidade: ampliando o conceito de sustentabilidade pelo estudo de caso de Brasília*. Disponível em http://web.observatoriodasmetrololes.net/download/cm_artigos/cm19_130.pdf. Acesso em 05/01/2011. p. 294.

22 BOWNS, Caru; SILVA, Carolina Pescatori Candido da. *Transporte e Equidade: ampliando o conceito de sustentabilidade pelo estudo de caso de Brasília*. Disponível em http://web.observatoriodasmetrololes.net/download/cm_artigos/cm19_130.pdf. Acesso em 05/01/2011. p. 294-296.

23 BOWNS, Caru; SILVA, Carolina Pescatori Candido da. *Transporte e Equidade: ampliando o conceito de sustentabilidade pelo estudo de caso de Brasília*. Disponível em http://web.observatoriodasmetrololes.net/download/cm_artigos/cm19_130.pdf. Acesso em 05/01/2011. p. 295-296.



consumo de recursos naturais”.²⁴

A partir desse conceito, para que se verifique se o transporte e a mobilidade urbana de um determinado local são sustentáveis, deverão ser observados se todos os aspectos que o envolvem, como infraestrutura, custos para usuários, mobilidade, segurança, tempo e motivo da viagem, têm respaldo econômico, social e ambiental.

Com base nesse estudo apontado, conclui-se que, para que haja de fato uma mobilidade sustentável, deverão ser observados três pressupostos básicos: 1) a limitação do uso excessivo de veículos motorizados particulares, priorizando, por exemplo, os ciclistas, os pedestres e, principalmente, os usuários do transporte público; 2) a redução do consumo de recursos não renováveis, como o petróleo e o solo usado para o arruamento; e 3) a descentralização urbana, através da oferta de serviços que beneficiem a sociedade como um todo.²⁵

A Constituição Federal de 1988 dispõe no art. 29 que o Município será regido por Lei Orgânica, o que torna essa norma o principal regramento do Município, sendo considerada por J. da Silva como “uma espécie de Constituição Municipal”.²⁶

E o marco regulatório do planejamento urbano no Brasil é o Estatuto da Cidade.²⁷ A partir de 2001, o Plano Diretor, “instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”, tornou-se obrigatório para os Municípios com mais de 20 mil habitantes, devendo englobar o Município como um todo, estando incluído, nesse todo, o transporte e a mobilidade urbana.

No Município de Caxias do Sul, o tema “Política de Transportes” guarda espaço em capítulo específico, na Lei Orgânica de Caxias do Sul, ao passo que o Plano Diretor de Caxias do Sul²⁸ foi aprovado no ano de 2007. Importa destacar que, ainda no ano de 1996, antes da entrada em vigor do Estatuto da Cidade, o Município apresentava preocupação com as normas de organização e ocupação espaço urbano, através do já revogado Plano Físico Urbano,²⁹ que guardava um capítulo específico sobre a estrutura viária da cidade.

Assim, o Plano Diretor de Caxias do Sul trouxe ao ordenamento jurídico do município orientações no sentido de que o planejamento local deva observar critérios de sustentabilidade. Já no art. 2º, I é apresentado como princípio da norma

24 BOWNS, Caru; SILVA, Carolina Pescatori Candido da. *Transporte e Equidade: ampliando o conceito de sustentabilidade pelo estudo de caso de Brasília*. Disponível em http://web.observatoriodasmetrolopes.net/download/cm_artigos/cm19_130.pdf. Acesso em 05/01/2011. p. 294.

25 BOWNS, Caru; SILVA, Carolina Pescatori Candido da. *Transporte e Equidade: ampliando o conceito de sustentabilidade pelo estudo de caso de Brasília*. Disponível em http://web.observatoriodasmetrolopes.net/download/cm_artigos/cm19_130.pdf. Acesso em 05/01/2011. p. 294-296.

26 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2006. p. 303.

27 BRASIL. Lei n. 11.257 de 10 de Julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 06/01/2010.

28 CAXIAS DO SUL. Lei Complementar n. 290 de 24 de setembro de 2007. Institui o Plano Diretor do Município de Caxias do Sul e dá outras providências. Disponível em http://www.caxias.rs.gov.br/_uploads/planejamento/plano_diretor_lei.pdf. Acesso em 06/01/2010.

29 CAXIAS DO SUL. Lei Complementar n. 27 de 15 de julho de 1996. Institui o Plano Físico Urbano para a sede do município de Caxias do Sul e dá outras providências. Disponível em <http://www.camaracaxias.rs.gov.br/Leis/LC/LC-00027.pdf>. Acesso em 06/01/2010.



“o desenvolvimento equilibrado e sustentável nos planos físico, social, cultural, econômico e ambiental”. A lei apresenta ainda capítulo específico que trata da Estrutura Viária e da Mobilidade, havendo, em seu artigo 45, diretrizes para a descentralização e estruturação da cidade como um todo, abarcando inclusive a área rural, e obras viárias da cidade, as quais devem ter foco no transporte coletivo.

Dentro da temática dos transportes e da mobilidade urbana, o Plano Diretor de Caxias do Sul regulamenta, nos artigos 46 a 50, a estrutura viária do Município, definindo-a como “o conjunto de vias públicas circulação e ligação entre as diferentes localidades urbanas rurais” e dispõe sobre a organização das vias do Município, que tem foco na adequada acessibilidade e mobilidade da população, “com o objetivo de induzir uma estrutura linearizada” constituída por vias regionais, estradas municipais, anéis viários, vias coletoras, vias locais e corredores viários.

Cabe destacar que todas essas regras do Plano Diretor devem ser observadas sob a influência do princípio da sustentabilidade (art. 2º, I), ou seja, as disposições que tratam dos transportes e da mobilidade urbana devem levar em consideração as questões sociais, ambientais e econômicas.

Além da Lei Orgânica Municipal e do Plano Diretor Municipal, o Município de Caxias do Sul possui outro regramento que merece uma atenção especial: as Diretrizes da Política Pública Municipal de Gestão e do Transporte Coletivo³⁰. Tal norma é relevante, pois um dos pressupostos na busca da sustentabilidade do transporte e da mobilidade são as condições apresentadas pelo transporte coletivo local.

Nessa norma, cabe ressaltar as diretrizes gerais da política municipal de transporte coletivo, previstas no art. 4º, onde também, como no plano diretor, há uma atenção para a sustentabilidade. Entre as diretrizes, está: a implantação do sistema integrado e troncalizado; o aumento da mobilidade da população através de uma tarifa integrada; a melhoria dos equipamentos disponíveis; a descentralização das atividades urbanas; a promoção da integração com outros tipos de transporte (bicicleta, táxi lotação); a redução do consumo de combustíveis; a acessibilidade universal.

É importante lembrar que não há uma lei geral federal que oriente como devam ser as definições locais acerca do transporte e da mobilidade urbana nos Municípios, a exemplo de como funciona o Estatuto da Cidade perante os Planos Diretores. A matéria encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, através do Projeto de Lei n. 694C/1995³¹, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. O projeto, aprovado na Câmara dos Deputados em 30/06/2010, está sendo discutido no Senado Federal.

Dessa forma, as normas locais que tratam do transporte e da mobilidade urbana foram criadas sem uma norma geral orientadora, possibilitando que o município desenvolvesse regramentos próprios dentro de sua autonomia. Com a ressalva de tratar-se de um Projeto, e não de lei federal em vigor, um paralelo traçado entre ele

30 CAXIAS DO SUL. Lei n. 7.082 de 17 de dezembro de 2009. Institui o as diretrizes da Política Municipal de Gestão de Transporte Coletivo. Disponível em <http://www.camaracaxias.rs.gov.br/Leis/LO/LO-07082.pdf>. Acesso em 06/01/2011.

31 BRASIL. Projeto de Lei n. 694c/1995. Institui as Diretrizes Nacionais de Mobilidade Urbana. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/MontarIntegra.asp?CodTeor=782856>. Acesso em 06/01/2010.



e as normas locais apresentadas demonstra que há uma estreita relação, conforme apontam os quadros abaixo:

Quadro 1: Este primeiro quadro aponta quais serão os Princípios da Política Nacional de Mobilidade Urbana, no caso de aprovação do projeto de lei, e se há regramentos correlatos no Plano Diretor Municipal e na Lei de Diretrizes do Transporte Coletivo de Caxias do Sul:

Princípios da Política Nacional de Mobilidade Urbana		
Projeto de Lei Federal	Plano Diretor	Lei Municipal n. 7.082/2009
Acessibilidade Universal	Art. 3º , III	Art. 4º , VII
Desenvolvimento Sustentável das Cidades		Art. 5º , III e IV
Equidade no acesso ao transporte coletivo		Art. 4º, III
Eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano;	Art. 45, IX	Art. 2º
Gestão democrática e controle social do planejamento e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana;	Art. 45, IX	
Segurança no deslocamento das pessoas;		Art. 2º
Justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços		Art. 5º , XV, XXI, XXIII
Equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros	Art. 45, X	Art. 5º V, VI, VII
Eficiência, eficácia e efetividade da circulação humana	Art. 45, X	Art. 2º

Quadro 2: Nesta segunda tabela, são apontadas exclusivamente quais seriam, com a aprovação do projeto de lei n. 694c/2005, as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana para o Transporte Coletivo e se há regramentos semelhantes na norma que dispõe sobre as Diretrizes do Transporte Coletivo de Caxias do Sul.

Diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana para o Transporte Coletivo	
Projeto de Lei Federal	Lei Municipal n. 7.082/2009
Promoção da equidade no acesso aos serviços	Art. 4º, III
Melhoria da eficiência e da eficácia na prestação dos serviços;	Art. 4º , I; II;
Ser instrumento da política de ocupação equilibrada da cidade de acordo com o plano diretor municipal, regional e metropolitano;	Art. 4º, VI
Contribuição dos beneficiários diretos e indiretos para o custeio da operação dos serviços	Art. 5º, XXI
Simplicidade na compreensão, transparência da estrutura tarifária para o usuário e publicidade do processo de revisão	Art. 4º, XIII
Modicidade da tarifa para o usuário	Art. 2º
Integração física tarifária e operacional dos diferentes modos e redes de transporte público e privado nas cidades	Art. 4º, III;



Articulação interinstitucional dos órgãos gestores dos entes federativos por meio de consórcios públicos;	Art. 4º , XIV
Estabelecimento e publicidade de parâmetros de qualidade e quantidade na prestação dos serviços de transporte público coletivo	Art. 4º, XIII

Dessa forma, foram estudadas as normas que regulam o planejamento do transporte e da mobilidade urbana de Caxias do Sul, verificando-se o disposto na Lei Orgânica, no Plano Diretor e nas diretrizes do Transporte Coletivo, e, traçando-se um paralelo entre elas e o Projeto de Lei recentemente aprovado na Câmara dos Deputados e em debate no Senado Federal.

Assim sendo, o tópico seguinte objetiva situar o que representam as normas dentro no quadro do “ciclo da política pública”, para finalmente, no último ponto do estudo, verificarmos se as políticas públicas formuladas de transporte e mobilidade urbana em Caxias do Sul observam os pressupostos de sustentabilidade.

3.3. O Ciclo da Política Pública

Este breve tópico visa explicitar como se dará a análise das Políticas Públicas de transporte e mobilidade urbana de Caxias do Sul. Conforme bem orienta C. Gelinski e E. Seibel “não há uma forma unívoca de se analisar as políticas públicas” uma vez que no Brasil “questões de ordem técnica e política sem dúvida definirão a escolha dos procedimentos técnicos e metodológicos”³²

O presente artigo fará uma apreciação a partir do quadro do Ciclo da Política, que leva em conta 3 fases: a formulação, a implementação e a avaliação. Entende-se que a entrada em vigor de uma norma representa o ponto final da etapa da formulação.

Nesse contexto, a intenção do presente texto é avaliar se as políticas públicas formuladas para transporte e para mobilidade urbana em Caxias do Sul, representada pelas normas indicadas no tópico 3.2, guardam ou não relação com os pressupostos de sustentabilidade apontados no item 3.1. Reitera-se que não é intenção deste estudo analisar a implementação das mesmas, pois tal pretensão abarcaria uma necessidade de recursos técnicos que não estão ao alcance dos autores neste momento.

Feitas as ponderações, passamos ao tópico final, que visa relacionar os pressupostos de sustentabilidade e a normas locais, ou, as políticas públicas formuladas de transporte e mobilidade urbana de Caxias do Sul.

3.4. A Sustentabilidade das Políticas Públicas formuladas de Mobilidade Urbana em Caxias do Sul

Neste tópico, serão relacionadas as políticas públicas de transporte e mobilidade urbana formuladas no Município de Caxias do Sul, representadas pelos regramentos contidos na Lei Orgânica Municipal, no Plano Diretor e na Lei de Diretrizes do

32 GELINSKI, Carmen Rosario Ortiz; SEIBEL; Erni José. Formulação de políticas públicas: questões metodológicas relevantes. Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, EDUFSC, v. 42, n. 1 e 2, p. 227-240, abril e outubro de 2008. p. 236-237. Segundo os autores (p.228) “As políticas públicas são ações governamentais dirigidas a resolver determinadas necessidades públicas. As políticas podem ser sociais (saúde, assistência, habitação, educação, emprego, renda ou previdência), macroeconômicas (fiscal, monetária, cambial, industrial) ou outras (científica e tecnológica, cultural, agrícola, agrária). Usualmente o ciclo das políticas é concebido como o processo de formulação, implementação, acompanhamento e avaliação.”.



Transporte Coletivo com os pressupostos de sustentabilidade indicados no tópico 3.1., que são: a limitação do uso excessivo de veículos motorizados particulares; a redução do consumo de recursos não renováveis; e a descentralização urbana.

A limitação do uso excessivo de veículos motorizados particulares é peça fundamental na busca pela sustentabilidade dos transportes e da mobilidade urbana. Conforme dispõe C. Bowns e C. da Silva um dos principais aspectos para a consecução deste objetivo se dá através da “priorização do transporte público e não motorizado acima do transporte motorizado privado”; assim sendo, as normas que regulam a matéria devem apontar para “novas maneiras de superar a dependência dos carros particulares através do planejamento e desenho urbano”.³³

As normas estudadas apontam nesse sentido. No Plano Diretor, o art. 45, IX, dispõe sobre a necessidade de implantação contínua do planejamento de integração entre o transporte coletivo e o sistema viário. Nesse mesmo sentido, as diretrizes do transporte coletivo, no art. 4º, VII, indica a priorização de obras viárias e de pavimentação para as vias que constituam a infraestrutura do transporte coletivo. Assim, existe uma prioridade de investimento público no sistema viário que dá sustentação ao transporte coletivo; em outras palavras: o planejamento e o desenho urbano das vias públicas deverão ser feitos dando prioridade ao transporte coletivo.

Além da priorização do transporte coletivo, a redução do número de veículos motorizados individuais pode ser buscada, priorizando-se, por exemplo, os ciclistas e os pedestres. No Plano Diretor, ambas foram indicadas, estando previsto a redução do conflito entre pedestres e o tráfego de veículos e o planejamento e a implementação de ciclovias³⁴. Essas normas devem ser observadas concomitante ao que diz o art. 4º, IX da Lei de Diretrizes do Transporte Coletivo, que indica a promoção da integração desse meio de transporte com a bicicleta.

Ainda, no que tange à limitação do uso excessivo de veículos motorizados particulares, cabe destaque ao disposto no art. 4º, XII, da Lei de Diretrizes do Transporte Coletivo, que indica a realização de estudos de viabilidade de implementação de Trólebus, veículos leves sobre trilhos, trem, metrô, entre outros.

O segundo pressuposto apresentado, que trata da redução do consumo de recursos não renováveis, também é apontado nas normas locais, através do disposto no art. 4º, X, da Lei de Diretrizes do Transporte Coletivo, que define como diretriz geral a promoção da redução de consumo de combustíveis.

A descentralização urbana, através da oferta de serviços que beneficiem a sociedade como um todo, foi o terceiro pressuposto indicado. Neste ponto, cabe destacar a proposta de troncalização disposta na Lei de Diretrizes do Transporte Coletivo. De acordo com o disposto no art. 4º, inciso I da referida norma, especificado no art. 5º, incisos V a VII, o Município de Caxias do Sul tem formulada uma política

33 BOWNS, Caru; SILVA, Carolina Pescatori Candido da. *Transporte e Equidade: ampliando o conceito de sustentabilidade pelo estudo de caso de Brasília*. Disponível em http://web.observatoriodasmetropoles.net/download/cm_artigos/cm19_130.pdf. Acesso em 05/01/2011. p. 294.

34 CAXIAS DO SUL. Lei Complementar n. 290 de 24 de setembro de 2007. Institui o Plano Diretor do Município de Caxias do Sul e dá outras providências. Disponível em http://www.caxias.rs.gov.br/uploads/planejamento/plano_diretor_lei.pdf. Acesso em 06/01/2011. Art. 45. A política de estrutura viária e mobilidade, consideradas as possibilidades e as limitações reais do Município, visará: X - reduzir o conflito entre o tráfego de veículos e o de pedestres; XIV - planejamento e implementação de ciclovias e helipontos;



pública que culminará com a construção de dez “estações principais de integração” espalhadas por toda a cidade, com o intuito de garantir um transporte coletivo descentralizado, racional e eficiente.

Além disso, o Plano Diretor, no art. 45, dispõe que serão buscadas melhores articulações entre o centro, as regiões administrativas e periféricas e que serão implementados estudos de novas ligações viárias regionais na zona rural.³⁵

Com base no cruzamento proposto, restou verificado que as normas apontadas, que representam as políticas públicas de trânsito e mobilidade urbana, formuladas em Caxias do Sul, guardam estreita relação com os pressupostos de sustentabilidade. Tal verificação não garante, entretanto, que a cidade seja exemplo na implementação de práticas sustentáveis nesse âmbito. É necessário que fique claro: a apreciação levou em conta única e exclusivamente os regramentos e não avaliou se tais políticas estão se realizando na prática.

De qualquer forma, a existência de normas, que apontem no sentido da sustentabilidade do transporte e mobilidade urbana, já representa um avanço, pois vinculam as ações do gestor público, facilitando a utilização de medidas judiciais para sanar possíveis omissões ou abusos. O simples cumprimento das normas, ou a implementação das políticas públicas formuladas no Município de Caxias do Sul, muito provavelmente, garantirão à população uma utilização da cidade de maneira consistente, equacionando a capacidade do meio ambiente com as necessidades dessa sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de urbanização caracteriza-se por um movimento de duas forças: o crescimento desenfreado da população urbana e a sua concentração em grandes centros. Na cidade há um aprofundamento da desigualdade social, eis que o desenvolvimento, propriamente dito, não chega a todos com a mesma intensidade, devido à falta de políticas públicas.

Uma das consequências do duplo efeito do processo de urbanização e da falta de políticas públicas é a formação em grandes ocupações – aglomerações - impróprias e irregulares. Normalmente, esses locais carecem de qualquer infra-estrutura, inclusive de trânsito e mobilidade urbana. Essa desconexão entre o planejamento urbano e as políticas de transporte e mobilidade urbana é devastadora, em especial, quando se objetiva uma cidade que observe pressupostos de sustentabilidade.

Ocorre que, embora se destaquem as condições precárias em que vive a população excluída e carente economicamente, a sustentabilidade dos transportes da mobilidade urbana apresenta-se como um dos impactos ambientais que

35 CAXIAS DO SUL. Lei Complementar n. 290, de 24 de setembro de 2007. Institui o Plano Diretor do Município de Caxias do Sul e dá outras providências. Disponível em http://www.caxias.rs.gov.br/uploads/planejamento/plano_diretor_lei.pdf. Acesso em 06/01/2011. Art. 45. A política de estrutura viária e mobilidade, consideradas as possibilidades e as limitações reais do Município, visará: VII - buscar uma melhor articulação dos centros das regiões administrativas com as zonas periféricas; XV - implementar estudos de novas ligações viárias regionais na zona rural, consideradas as estradas estaduais, federais e municipais, conjuntamente com os órgãos estaduais e federais pertinentes;



atingem também a população mais bem servida pelo poder público: a poluição do ar decorrente do aumento da circulação de veículos ou o aumento do tráfego e congestionamento das vias públicas são problemas de países centrais e periféricos e atingem indiscriminadamente toda a população urbana.

Dessa forma, é necessário apresentar pressupostos mínimos que indiquem para a superação desses problemas. O primeiro é, sem dúvida, uma mudança de paradigma para o transporte urbano: se faz necessária a troca da prioridade de veículo individual motorizado pelo transporte coletivo, ou, por outras formas de transporte individual não motorizado, como ocorre com o ciclista e com o pedestre. A mudança, porém, não é simples: depende de mudança cultural que destaque “a dimensão social” dos transportes coletivos e as formas de transporte individual não motorizado.

Também se pode tentar superar a dependência do carro através de criação de regiões administrativas ou com melhor distribuição dos principais centros de serviços como educação, comércio, tudo a facilitar a mobilidade reduzindo a necessidade de deslocamento.

Outro pressuposto básico para mobilidade urbana é a redução do consumo de recursos não renováveis, como o petróleo e o arruamento, os quais têm origem no paradigma de transporte que prioriza o veículo individual motorizado. O incentivo a novas formas de transportes, como trem, metrô e VLP, pode ser uma saída para a redução do consumo de petróleo, ao passo que o arruamento acaba gerando a escassez cada vez maior de áreas verdes, diminuindo a capacidade de impermeabilização do solo além de demandar uma grande quantidade de recursos públicos para sua manutenção.

A ação da administração pública se dá a partir das regras previstas nas normas, em respeito ao princípio da legalidade. Dessa forma, o Município de Caxias do Sul, observados a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade, confeccionou um sistema jurídico próprio, que visa regulamentar o transporte e a mobilidade urbana local. Tal ordenamento é formado, em especial, pela Lei Orgânica do Município, pelo Plano Diretor e pela Lei de Diretrizes do Transporte Coletivo.

Considerando a análise feita, concluiu-se que a legislação do Município de Caxias do Sul, no que diz respeito ao transporte e à mobilidade urbana, guarda relação com pressupostos de sustentabilidade.

Dessa forma, cabe ao cidadão fiscalizar e exigir o cumprimento das normas, e, ao gestor público municipal a sua implementação, tendo sempre a atenção de que as questões urbanas, em especial, os impactos ambientais devem ser observados de maneira articulada e sistêmica, para que se garanta uma cidade bem planejada e sustentável.

REFERÊNCIAS

- ARANTES, Otília. VAINER, Carlos. MARICATO, Emília. A cidade do pensamento único. 2.ed. Petrópolis. Vozes. 2000.
- BORJA, Jordi; CASTELLS, Manuel. Local y global: la gestión de las ciudades en la era de la información. Madri: Taurus, Habitat, 1997.



BOWNS, Caru; SILVA, Carolina Pescatori Candido da. Transporte e Equidade: ampliando o conceito de sustentabilidade pelo estudo de caso de Brasília. Disponível em http://web.observatoriodasmetrolopes.net/download/cm_artigos/cm19_130.pdf. Acesso em 05/01/2011.

BRASIL. Lei n. 11.257, de 10 de Julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 06/01/2010.

BRASIL. Projeto de Lei n. 694c/1995. Institui as Diretrizes Nacionais de Mobilidade Urbana. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/MontarIntegra.asp?CodTeor=782856>. Acesso em 06/01/2010.

CASTELLS, Manuel. A questão urbana. Trad. Arlene Caetano. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

CAXIAS DO SUL. Lei Complementar n. 27, de 15 de julho de 1996. Institui o Plano Físico Urbano para a sede do município de Caxias do Sul e dá outras providências. Disponível em <http://www.camaracaxias.rs.gov.br/Leis/LC/LC-00027.pdf>. Acesso em 06/01/2010.

CAXIAS DO SUL. Lei Complementar n. 290, de 24 de setembro de 2007. Institui o Plano Diretor do Município de Caxias do Sul e dá outras providências. Disponível em http://www.caxias.rs.gov.br/_uploads/planejamento/plano_diretor_lei.pdf. Acesso em 06/01/2011.

CAXIAS DO SUL. Lei n. 7.082, de 17 de dezembro de 2009. Institui o as diretrizes da Política Municipal de Gestão do Transporte Coletivo. Disponível em <http://www.camaracaxias.rs.gov.br/Leis/LO/LO-07082.pdf>. Acesso em 06/01/2011.

FRAGOMENI, Luiz Henrique C. Um Plano Diretor e o destino de Curitiba, São Paulo, Brasília in CARUSO, Raymundo C. O automóvel: o planejamento urbano e a crise nas cidades. Florianópolis: Ofício, 2010. p. 65-79.

GELINSKI, Carmen Rosario Ortiz; SEIBEL; Erni José. Formulação de políticas públicas: questões metodológicas relevantes. Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, EDUFSC, v. 42, n. 1 e 2, p. 227-240, Abril e Outubro de 2008.

MUMFORD, Lewis. A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas. Trad. Neil R. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. Direito Urbanístico: Fundamentos para a construção de um Plano Diretor sustentável na área urbana e rural. Caxias do Sul: Educs, 2010.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2006.

SILVA, Lucia Sousa e; TRAVASSOS, Luciana. *Problemas ambientais urbanos: desafios para a elaboração de políticas públicas integradas*. Disponível em http://web.observatoriodasmetrolopes.net/download/cm_artigos/cm19_118.pdf. Acesso em 05/01/2010.



SILVA, Pedro Luiz Barros; MELO, Marcos André Barreto. O Processo de Implementação de Políticas Públicas no Brasil: Características e determinantes da Avaliação de Projetos. Disponível em www.nepp.unicamp.br/d.php?f=42.

SOUZA, Marcelo Lopes de. ABC do desenvolvimento urbano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; MARTINS, Ezequiel. *Urbanização, Estatuto da Cidade e meio ambiente*. Revista Trabalho e Ambiente. V.3, n.4, jan./jun.2005. Caxias do Sul: EDUCS, 2005.

TIMMS, Duncan. El mosaico urbano: hacia una teoria de La diferenciación residencial. Trad. Santiago Tellez Olmo. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1976.



DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA: A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS NA TEORIA DE AMARTYA SEN

*Gilmar Antonio Bedin¹
Joice Graciele Nielsson²*

1 INTRODUÇÃO

A efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais é, hoje, um dos temas centrais da agenda política e das reflexões teóricas dos juristas preocupados com a materialização dos preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, vários estudos têm sido realizados e é comum o debate teórico a respeito dos conhecidos argumentos da reserva do possível, do princípio da separação dos poderes ou da impossibilidade de controle judicial sobre a discricionariedade e o mérito administrativos.

Esses argumentos são relevantes, mas não deixam de revelar que se alicerçam numa visão de mundo fortemente marcada por um discurso liberal limitado, que restringe a possibilidade de efetivação dos direitos humanos. O discurso referido não leva, portanto, em consideração a construção teórica mais recente de que os direitos humanos são indivisíveis e serve para justificar opções econômicas e políticas que convivem com as desigualdades, exclusões e violações dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesse sentido, o presente artigo opõe-se a tais argumentos, valendo-se do referencial teórico construído pelo economista indiano Amartya Sen sobre direitos humanos, justiça e desenvolvimento. Para o desenvolvimento dessa temática, o pensamento de Sen traz grandes contribuições, pois, segundo este autor, os direitos humanos vinculam-se, intrinsecamente, com as liberdades reais (e não meramente formais) que formam o seu conteúdo. Dessa forma, os direitos humanos são para o autor pretensões éticas abertas ao pluralismo e à discussão pública, de maneira que sua eficácia e relevância só podem ser contestadas pela própria sociedade e por seus mecanismos democráticos. Além disso, os direitos humanos carregam em si, entende Sen, vários tipos de obrigações, tanto negativas quanto positivas, o que denuncia o equívoco de algumas correntes que defendem que é fundamental apenas buscar realizar os direitos considerados “negativos”.

1 Professor permanente do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí – e professor colaborador do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada - Uri. É autor de *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo e A Idade Média e o Nascimento do Estado Moderno*. Email: gilmarb@unijui.edu.br.

2 Graduada em Direito. Mestranda do Curso de Desenvolvimento da Unijuí. Bolsista Capes. Email: joice.gn@gmail.com.



2 OS DIREITOS HUMANOS E SUAS DUAS PRIMEIRAS GERAÇÕES

A luta pelo reconhecimento dos direitos humanos possui já uma longa tradição histórica, datando o seu nascimento do início da modernidade. Forjados durante os séculos XVII e XVIII, juntamente com o desabrochar de uma concepção individualista de sociedade, os direitos humanos, até então denominados de direitos naturais, atingiram seu apogeu no século passado, quando passaram a assumir os contornos que conhecemos hoje.

Enquanto construção da modernidade, os direitos humanos materializaram-se numa expansão histórica gradual e sempre cada vez mais ampla, tendo como ponto de partida o processo de luta contra o poder³ e de busca de um sentido moral e ético para a humanidade. Nesse sentido, lembra Ignacy Sachs que nunca se

[...] insistirá o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos.⁴

Assim, frutos de grandes batalhas históricas, os direitos humanos vão sendo lentamente reconhecidos e constitucionalmente institucionalizados em todos os países democráticos. Vencido esse desafio inicial, permanece, na atualidade, a luta pela sua concretização. Nesse sentido, é importante destacar que quanto maior torna-se a afirmação teórica dos direitos humanos como horizonte de sentido moral e ético a orientar as relações humanas, maiores também se apresentam os questionamentos sobre as alternativas existentes para tornar esses direitos reais na vida de um maior número de pessoas em todo o mundo. Antes de abordar esse tema, é fundamental resgatar alguns aspectos de sua história.

A doutrina convencionou apresentar a evolução histórica dos direitos humanos através de suas gerações. A primeira versão dos direitos foi a dos direitos liberais de “primeira geração”, inspirados no contratualismo de cunho individualista, e que visam proteger a esfera individual dos cidadãos contra os abusos do Estado⁵. Tais direitos, segundo afirma Bedin⁶, podem ser denominados de direitos civis ou liberdades civis básicas, sendo aqueles que estabelecem um marco divisório entre a esfera pública e a esfera privada. São os chamados direitos negativos, estabelecidos contra o Estado, e surgidos e positivados através das revoluções burguesas do final do século XVIII e suas Declarações.

A segunda geração de direitos – direitos econômicos, sociais e culturais – foi incorporada à agenda dos direitos humanos no início do século passado, no contexto

3 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

4 SACHS, Ignacy. **Direitos humanos, desenvolvimento e cidadania**. 2004. Disponível em: <http://www.voceapita.com.br/professor/referencia/direitos/direitos_fundamentais1.doc>. Acesso em: 23 abr. 2012. p. 1.

5 BOBBIO, op. cit.

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



do desenvolvimento do constitucionalismo social e da grande pressão dos movimentos dos trabalhadores. Esses direitos são direitos positivos e somente se realizam por meio do Estado⁷. Fruto das ideias socialistas, estes direitos, diferentemente dos oriundos da tradição liberal, passaram a exigir uma intervenção do Estado na sociedade, com o objetivo de criar condições materiais mais favoráveis e não contempladas pelos direitos civis.

Ocorre que, na atualidade, existe um debate “específico sobre a inclusão dos chamados ‘direitos sociais e econômicos’ e, às vezes, chamados de ‘direitos de bem-estar’, como categoria dos direitos humanos”⁸. Esses direitos, que seus defensores veem como importantes direitos ‘de segunda geração’, como um direito comum aos meios de subsistência ou ao atendimento médico, foram, em sua maioria, acrescentados em data relativamente recente a listagens anteriores de direitos humanos (notadamente na segunda década do século 20) e ampliaram muito o campo dos direitos humanos.

Embora esses direitos não apareçam nas apresentações clássicas dos direitos humanos, como, por exemplo, na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, ou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França de 1798, em larga medida fazem parte do domínio contemporâneo da “revolução dos direitos”⁹.

Um grande marco nessa área foi a publicação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, de 1948. A publicação desta declaração concretizou uma profunda mudança do ideário dos direitos humanos, passando a abranger sob sua égide uma lista muito maior de pretensões e liberdades. Ela inclui não só direitos políticos básicos, mas também o direito ao trabalho, o direito à educação, a proteção contra o desemprego e a pobreza, o direito de sindicalização e mesmo o direito a uma remuneração justa e favorável. É um avanço radical, muito além dos limites estritos da Declaração da Virgínia, de 1776, ou da Declaração Francesa, de 1789.

Nesse sentido, a Declaração de 1948, para Flavia Piovesan¹⁰, inovou a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade de suas gerações.

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos

7 Id. *ibid.*

8 SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 413.

9 Id. *ibid.*, p. 413.

10 PIOVESAN, Flávia. **Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune sul-americano**. 2011. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/122.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2012.



com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais¹¹.

Nesse sentido, nos lembra Sen¹² que a política mundial de justiça da segunda metade do século XX passou a se envolver cada vez mais com esses direitos de segunda geração. De fato, a natureza do diálogo global e dos tipos de reflexão racional na nova era, produziram uma interpretação muito mais ampla das instâncias de ação e do conteúdo das responsabilidades em escala mundial. Por isso, a busca da eliminação mundial da pobreza e de outras carências sociais e econômicas (junto com a questão do desenvolvimento) se tornaram o tema central da luta a favor dos direitos humanos.

O rápido aumento do interesse por esse tema também teve um impacto nas reivindicações de reformas políticas e em uma série de documentos jurídicos internacionais produzidos a partir de então. De acordo com Hector Gros Espiell,

Só o reconhecimento integral de todos estes direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que, sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação. Esta ideia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, amplia e sistematiza em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e se reafirma definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembléia Geral em 1966, e em vigência desde 1976, na Proclamação de Teerã de 1968 e na Resolução da Assembléia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais (Resolução n. 32/130)¹³.

No mesmo sentido, Deen Chatterjee lembra que o reconhecimento global da pobreza endêmica e da desigualdade sistêmica como sérias preocupações dos direitos humanos “exerceu pressão nos países individuais para a realização de reformas democráticas internas e deixou clara a necessidade de diretrizes institucionais internacionais mais justas e eficazes”¹⁴.

Por tudo isso, os direitos de segunda geração passaram a exercer uma influência significativa sobre a agenda das reformas institucionais e para o cumprimento das obrigações globais imperfeitas. A inclusão dos direitos de segunda geração permite integrar as questões éticas subjacentes a ideias gerais de desenvolvimento global e

11 Id. *ibid.*, p. 208.

12 SEN, 2011, *op. cit.*

13 ESPIELL, H. G. **Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano**. San José: Libro Libre, 1986. p. 16-17.

14 CHATTERJEE *apud* SEN, 2011, *op. cit.*, p. 416.



as reivindicações da democracia deliberativa, ambas ligadas aos direitos humanos e usualmente ao reconhecimento da importância em aprimorar as capacidades humanas¹⁵.

Cabe notar quanto a esta evolução histórica que, como bem lembra Flávia Piovesan¹⁶, no campo dos valores, em matéria de direitos humanos, uma divisão ideológica esteve no cerne de uma intensa disputa. A consequência de um sistema internacional de polaridades definidas – Leste/Oeste, Norte/Sul – foi a batalha ideológica entre os direitos civis e políticos (herança liberal patrocinada pelos Estados Unidos) e direitos econômicos, sociais e culturais (herança social patrocinada pela então União Soviética).

Nesse sentido, impreterível destacar que “antes de ser um problema jurídico [...] a questão da realização dos direitos sociais prestacionais é um problema filosófico”¹⁷. Se tomarmos por base tal afirmação, devemos considerar que, na atualidade da discussão deste tema, ainda está premente a divisão entre direitos liberais e sociais, cuja causa se funda no conflito (mal resolvido) entre diferentes teorias de justiça¹⁸.

Neste sentido, cabe notar que várias correntes jusfilosóficas guardam ideais específicos de justiça como critérios de admissão da fundamentalidade dos direitos. Assim as concepções liberais e as socialistas foram as que mais influenciaram a trajetória expansiva dos direitos humanos na perspectiva internacional no decorrer da história do constitucionalismo moderno¹⁹. Em poucas palavras, as primeiras declarações conceberam os direitos de 1ª dimensão (ou direitos liberais), as segundas os direitos de 2ª dimensão (ou direitos sociais)²⁰.

Para as correntes liberais clássicas, a ideia de direitos fundamentais encontra-se presente na garantia de “não-ingerência” (do Estado e de outros particulares) sobre a esfera de liberdade do indivíduo²¹. Em reforço a essa tese (não ingerência), edificaram-

15 SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, 2011, op. cit.

16 PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. In: **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 1, n. 1, 2004.

17 RODRIGUES, Daniel dos Santos. **Fundamentalidade dos direitos sociais prestacionais e a teoria de direitos humanos de Amartya Sen**. 2009. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/648/612>>. Acesso em: 02 maio 2012. p. 44.

18 SEN, Amartya. Elements of a theory of human rights. In: **Philosophy and Public Affairs**, v. 32, n. 4, p. 315-356, fall. 2004. Disponível em: <<http://www.mit.edu/~shaslang/mprg/asenETHR.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

19 BONAVIDES, Paulo. A teoria dos direitos fundamentais. In: **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

20 RODRIGUES, op. cit.

21 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



se as doutrinas libertárias, tendo como critério único de justiça o respeito à “condição de universalização”, princípio lógico que sustenta que os únicos direitos possíveis são aqueles que prescrevem deveres independentemente de consequências, que todos devem respeitar sem qualquer exceção²².

Em contraposição ao liberalismo, as correntes socialistas (ou socializantes) dão ênfase à ideia de que os direitos devem garantir de fato a liberdade do indivíduo, sendo insuficiente uma juridicidade que apenas declare que um sujeito é igual e livre sem verificar se realmente ele goza desse *status*. Igualdade real em confrontação à igualdade meramente formal.

No entanto, essas inclusões mais recentes de direitos humanos, têm ficado sujeitas a contestações das mais variadas. Muitos dos críticos, de hoje, aos direitos sociais, econômicos e culturais parecem abraçar a concepção formalista liberal dos direitos humanos, uma vez que admitem como fundamentais apenas os direitos de primeira geração.

O que pretendem tais autores, ao separar direitos sociais, econômicos e culturais dos direitos civis e políticos, é “realizar a separação entre liberdade e justiça, como sendo esta o meio para aquela”²³. Porém, tal separação, segundo o autor, em termos substanciais, é impossível, principalmente se tomarmos em consideração a teoria dos direitos humanos de Amartya Sen, cujo principal fundamento é justamente o significado de liberdade que forma a essência desses direitos e de sua concepção de justiça.

Nesse sentido, é importante destacar que a teoria dos direitos humanos de Sen vincula-se a uma perspectiva bem ampla de liberdade, cujo conceito, calcado nas oportunidades reais de um indivíduo para levar uma vida digna e livre²⁴, ultrapassa muito o conceito liberal e destaca que uma separação entre justiça e liberdade só é possível se esta última for considerada em termos meramente formais. Em outras palavras, há uma clara indicação de que a concepção de uma teoria da justiça, necessariamente, influencia uma concepção de liberdade, e vice-versa²⁵.

3 A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Como já observamos, os direitos econômicos, sociais e culturais vêm sofrendo, ao longo dos tempos, uma série de críticas quanto à sua inclusão na categoria dos direitos humanos. Para melhor compreensão e refutação dessas críticas, Amartya Sen aprofunda a sua reflexão a partir de duas linhas específicas de contraposição, as quais ele denomina de “crítica da institucionalização” e “crítica da exequibilidade”²⁶.

A crítica da institucionalização, que visa em especial aos direitos econômicos e sociais, está ligada à crença de que os direitos reais devem se desenvolver numa relação de correspondência exata com os respectivos deveres formulados com

22 SEN, 2000, op. cit.

23 RODRIGUES, op. cit, p. 45.

24 SEN, 2011, op. cit.

25 SEN, 2000, op. cit.

26 SEN, 2011, op. cit., p. 416.



precisão. O argumento comum de que essa correspondência só existe se um direito for institucionalizado.

Nesse ponto, cabe trazer a constatação de Sen a respeito da necessidade de se compreender os direitos, quando de sua aplicação, não somente sob o ponto de vista das demandas éticas que traduzem, mas também sob o enfoque das obrigações (ou funções) que geram. Nesse sentido, para responder a essa crítica Sen invoca a noção de que as obrigações podem ser perfeitas ou imperfeitas, apresentando, com base nos estudos sobre a moral de Kant, a diferenciação entre “obrigações perfeitas”, que apresentam ações específicas, e “obrigações imperfeitas”, que indicam apenas objetivos gerais²⁷.

Note-se que, como nos lembra Rodrigues²⁸, os conceitos de obrigações perfeitas e imperfeitas, utilizados por Sen, relacionam-se com os de “dimensão negativa” (defesa) ou “positiva” (prestações) dos direitos fundamentais usados por Sarlet²⁹. Considerando uma obrigação em abstrato, são as omissões (dimensão negativa) o núcleo das obrigações perfeitas, vez que elas sempre se aplicam a todas as situações, e as ações (dimensão positiva) o centro das obrigações imperfeitas, porquanto para essas não existe, em princípio, nenhuma regra que indique exatamente como alguém deve agir. Apesar dessa distinção, para Sen, ambas as categorias de direitos possuem igual importância, de maneira que não é possível negligenciar a realização das obrigações imperfeitas apenas porque elas não são determináveis em abstrato³⁰.

Para Sen,

[...] mesmo os direitos clássicos de ‘primeira geração’, como a liberdade de não ser atacado, podem ser vistos como geradores de obrigações imperfeitas aos outros. Da mesma forma, os direitos sociais e econômicos levam a obrigações perfeitas e imperfeitas. Ou seja, todos os direitos, sem exceção, prescrevem obrigações tanto perfeitas quanto imperfeitas³¹.

É só imaginar, de acordo com Rodrigues³² a partir da classificação dos direitos fundamentais, acima apresentada por Sarlet, os direitos de defesa clássicos (liberdades diversas, religiosa, de expressão, participação política, etc., vida, propriedade) sem qualquer prestação em sentido amplo ou em sentido estrito (prestações materiais). Sem qualquer violação a tais direitos, parece que eles logram ser usufruídos normalmente, mas e se eles forem violados? Ou se sofrerem ameaça de violação? Nesse caso, segundo o autor, percebe-se sem demora que sem outras prestações (obrigações), tais como normativas, para o desestímulo a transgressões legais, e materiais, como a edificação de aparatos burocráticos representados nas estruturas das funções estatais (legislativa, executiva e judiciária), pouca coisa restaria para a

27 SEN, 2011, op. cit., p. 409-410.

28 RODRIGUES, op. cit.

29 SARLET, op. cit.

30 SEN, 2011, op. cit.

31 SEN, 2011, op. cit., p. 417.

32 RODRIGUES, op. cit.



garantia de tais direitos³³.

Flávia Piovesan concorda com tal argumento e afirma que tanto os direitos

[...] sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se asseguram direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo³⁴.

Basicamente, com a constatação de Sen de que qualquer direito encerra vários tipos de obrigações (tanto obrigações perfeitas quanto imperfeitas), considera-se equivocada a tese de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são fundamentais porque são direitos instituídos no Estado, ao passo que os verdadeiramente fundamentais são, somente, os direitos pré-estatais (os direitos de primeira geração), para os quais bastaria a abstenção.

Nesse ponto, cabe ainda destacar a importância que Sen atribui à relação de indivisibilidade de todos os direitos, bem como ao exercício dos direitos civis e políticos em um ambiente plenamente democrático (em que se viabilizem a participação política, o diálogo e a interação pública, conferindo o direito à voz aos grupos mais vulneráveis³⁵).

Para ele, o pleno exercício dos direitos políticos pode implicar o “empoderamento” das populações mais vulneráveis e o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas. Os direitos políticos (incluindo a liberdade de expressão e de discussão) são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas também centrais para a própria formulação dessas necessidades econômicas³⁶.

Nesse sentido, mesmo não possuindo uma autoaplicabilidade imediata, os direitos econômicos, sociais e culturais oferecem um vasto campo de debate público fecundo e possivelmente de pressão efetiva sobre o que pode fazer uma sociedade ou um Estado – mesmo que com baixos níveis de desenvolvimento – para impedir violações de certos direitos sociais, econômicos e culturais fundamentais (associados, por exemplo, à fome, à subnutrição crônica ou à falta de assistência médica)³⁷.

Isso não significa desconhecer a importância das instituições para concretizar

33 RODRIGUES, op. cit.

34 PIOVESAN, 2011, op. cit., p. 213.

35 SEN, 2011, op. cit.

36 SEN, 2000, op. cit.

37 SEN, 2011, op. cit.



os direitos sociais, econômicos ou culturais, mas a significação ética desses direitos oferece boas razões para tentar concretizá-los por meio de seu trabalho de pressionar ou contribuir para mudanças nas instituições e nas atitudes sociais. De acordo com Sen, “negar o estatuto ético dessas pretensões seria ignorar o raciocínio que desencadeia essas atividades construtivas, inclusive o trabalho de pressão para mudanças institucionais”³⁸.

Por sua vez, uma segunda crítica dirigida à fundamentabilidade dos direitos sociais é, segundo Sen, a crítica da exequibilidade, que parte do argumento de que, mesmo com os melhores esforços, talvez não seja possível concretizar muitos dos direitos sociais, econômicos e culturais. É uma crítica que “toma por base o pressuposto, em larga medida não fundamentado, de que os direitos humanos, para serem coerentes, têm de ser inteiramente e imediatamente realizáveis para todos”³⁹. Se se aceitasse esse pressuposto, o efeito imediato seria remover muitos dos ditos direitos de bem-estar social do campo dos direitos humanos possíveis, sobretudo nas sociedades mais pobres.

Isso é, para Amartya Sen, inaceitável, uma vez que se baseia numa confusão sobre o conteúdo que um direito eticamente reconhecido necessita reivindicar. Claro é que os defensores dos direitos humanos querem que tais direitos sejam reconhecidos e realizados ao máximo. Tal abordagem não deixa de ser viável apenas porque outras mudanças sociais podem vir a ser necessárias, em algum momento, para ampliar o número desses direitos reconhecidos que passam a ser plenamente realizáveis e efetivamente realizados. Cabe lembrar aqui que, para Sen, a afirmação dos direitos humanos é um chamado à ação – um chamado à mudança social – e não depende de uma exequibilidade preexistente.

De fato, se a exequibilidade fosse condição necessária para as pessoas terem algum direito, não só os direitos sociais, econômicos e culturais, mas todos os direitos – inclusive o direito às liberdades formais – seriam inviabilizados, tendo em vista a impossibilidade de proteger a vida e a liberdade de todos contra a transgressão. De acordo com o autor,

Garantir que toda pessoa fique em paz nunca foi especialmente fácil. Não podemos impedir a ocorrência de um assassinato aqui ou ali, dia sim, dia não. Nem, com nossos melhores esforços, podemos deter todas as matanças em massa, como os massacres em Ruanda em 1994, em Nova York em 11 de setembro de 2011, ou em Londres, Madri, Bali e Mumbai em data mais recente. O equívoco de rejeitar as pretensões de direitos humanos com base no fato de não serem plenamente exequíveis é que um direito não realizado por inteiro ainda continua a ser um direito, demandando uma ação que remedie o problema. A não realização, por si só, não transforma um direito reivindicado num não direito. Pelo contrário, ela motiva uma maior ação social⁴⁰.

Por fim, é importante ainda abordar o argumento comumente utilizado de que

38 SEN, 2011, op. cit., p. 428.

39 SEN, 2011, op. cit., p. 429.

40 SEN, 2011, op. cit., p. 419.



os direitos sociais, econômicos e culturais não são autoaplicáveis. Nesse sentido, lembra Amartya Sen que nenhum direito é plenamente autorrealizável, em especial se levarmos em consideração que muitos direitos se alicerçam em obrigações imperfeitas. Assim, é fundamental ter clareza de que, para Amartya Sen, a exclusão de todos os direitos sociais, econômicos e culturais do “santuário interior dos direitos humanos”, reservando espaço apenas para as liberdades formais e outros direitos de primeira geração, procura “traçar na areia uma linha difícil de manter [e funcionam como justificativas para sua desconsideração ou para a sua não efetivação]”⁴¹.

4 OS DESAFIOS ATUAIS DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS

Parece-nos claro que, compartilhando do entusiasmo de Flávia Piovesan, nos dias atuais, em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que a geração dos direitos civis e políticos merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto que a classe dos direitos sociais, econômicos e culturais, ao contrário, não merece qualquer observância. Para ela,

Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão⁴².

No entanto, é imprescindível destacar que a comunidade internacional continua a tolerar frequentes violações aos direitos sociais, econômicos e culturais, que causariam imediata reação internacional se fossem verificadas contra direitos civis e políticos. Apesar da retórica, continuamos a vivenciar as mais sérias e intoleráveis negações a um mínimo de dignidade e condições de vida, com resultado da parcial ou completa ausência de presença governamental e de políticas públicas capazes de responder a graves problemas sociais⁴³.

Nessa lógica, governos continuam a adotar o discurso teórico liberal a fim de justificar a sua total omissão frente a graves violações de direitos, apesar da clara responsabilidade que lhes incumbe no sentido de respeitar, proteger e implementar todos os direitos humanos, principalmente os direitos econômicos, sociais e culturais. Além da construção de uma profunda argumentação teórica capaz de refutar tais alegações, como propõe Amartya Sen, necessária também a adoção de medidas práticas que promovam a implementação imediata de tais direitos e de políticas públicas voltadas para sua efetivação.

Por isso, frente a tal realidade, concordamos com Flávia Piovesan quando essa afirma que existe uma série de desafios a serem enfrentados na teoria e na prática dos

41 SEN, 2011, op. cit., p. 419-420.

42 PIOVESAN, 2011, op. cit., p. 210.

43 BEDIN, op. cit.



direitos humanos para que a finalidade de sua implementação seja alcançada. Dentre esses desafios apresentados pela autora⁴⁴, destacam-se dois quais sejam: assegurar o reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais na ordem constitucional com a previsão de instrumentos e remédios constitucionais que garantam sua justiciabilidade.

Nesse sentido, é fundamental que o marco jurídico constitucional de cada país acolha a concepção contemporânea de direitos humanos, endossando a visão integral desses direitos, baseada na indivisibilidade, interdependência e inter-relação entre direitos civis e políticos e dos direitos sociais, econômicos e culturais. Em decorrência dessa visão integral dos direitos humanos,

[...] o devido reconhecimento constitucional aos direitos sociais surge como medida imperativa, bem como a previsão de remédios que assegurem a sua proteção, em casos de violação. A proteção aos direitos sociais requer a existência de remédios efetivos voltados à sua garantia, enfatizando a fórmula “there is no right without remedies”. Neste sentido, o papel das Cortes não é o de formular políticas públicas em matéria de direitos sociais, mas o de fiscalizar, supervisionar e monitorar tais políticas considerando os parâmetros constitucionais e internacionais⁴⁵.

Em segundo lugar, o desafio de se garantir uma prioridade orçamentária para a implementação dos direitos sociais, impulsionar o componente democrático no processo de implementação dos direitos sociais, e, por fim, fortalecer o princípio da cooperação internacional em matéria de direitos sociais.

Mediante a elaboração de uma teoria de direitos humanos e de justiça que leve em consideração as necessidades reais para a concretização de uma vida digna às pessoas, bem como com a adoção das medidas citadas nos ordenamentos jurídicos atuais, poderá se tornar palpável a construção de um mundo com menores níveis de desigualdades entre as pessoas e com a superação de carências e exclusões das mais variadas ordens.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou demonstrar, tomando por base os estudos desenvolvidos por Amartya Sen, que direitos humanos são pretensões éticas constitutivamente associadas às liberdades humanas reais (e não meramente formais), de modo que cada um deles carregam consigo variados tipos de obrigações, tanto positivas quanto negativas ou perfeitas e imperfeitas, fato este que contesta a possibilidade de um conjunto de direitos ter preferência sobre outros direitos.

No entanto, mesmo diante de tais afirmações teóricas, é possível ainda verificar

44 PIOVESAN, 2011, op. cit.

45 PIOVESAN, 2011, op. cit., p. 223.



que, diante do cenário de crise mundial e da prevalência das doutrinas econômicas mais ortodoxas, os primeiros direitos a serem relativizados são os direitos sociais, econômicos e culturais. Esse fato revela que continuam a ser utilizados critérios excessivamente liberais na defesa dos direitos humanos e que esse fato permite que o recurso a políticas econômicas restritivas seja facilmente justificados e padrões de vida reduzidos. Essas escolhas são, inclusive, juridicamente amparadas pelas decisões dos tribunais.

Dessa forma, é necessário insistir na contraposição teórica a tais concepções, como o faz o professor Amartya Sen, destacando a vinculação indissociável existente entre direitos humanos, justiça e desenvolvimento. Além disso, é importante lutar pela constituição de mecanismos práticos que possam ir tornando tais direitos plenamente aplicáveis, sob pena de violação cada vez mais constante do direito fundamental da vida humana.

Se considerarmos, pois, como objetivo de longo prazo a constituição de níveis de desenvolvimento mais adequados – seja nacional ou global –, isso pressupõe a garantia de um nível satisfatório de suprimento das carências humanas e de desenvolvimento das capacidades moralmente básicas de todos, seja a nacionalidade, a etnia, a religião, a idade, o sexo ou a orientação sexual. Alcançar esse objetivo só será possível com a efetivação dos direitos de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais).

Nesse sentido, não podemos nos esquecer de que, como lembra Flávia Piovesan⁴⁶, se os direitos humanos são uma construção histórica, as violações que estes vem sofrendo também o são e podem ser superadas. As violações, as exclusões, as injustiças são uma construção histórica que deve ser desconstruída, sendo fundamental o enfrentamento da cultura que naturaliza, banaliza e entende plenamente suportáveis os níveis de desigualdades e de exclusão social existentes atualmente em diversas partes do mundo.

REFERÊNCIAS

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

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. A teoria dos direitos fundamentais. In: **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ESPIELL, H.G. **Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano**. San José: Libro Libre, 1986.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. In: **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 1, n. 1, 2004.

_____. **Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune sul-americano**. 2011. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/122.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

⁴⁶ PIOVESAN, 2011, op. cit.



RODRIGUES, Daniel dos Santos. **Fundamentalidade dos Direitos Sociais Prestacionais e a Teoria de Direitos Humanos de Amartya Sen**. 2009. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/648/612>>. Acesso em: 02 maio 2012.

SACHS, Ignacy. **Direitos humanos, desenvolvimento e cidadania**. 2004. Disponível em: <http://www.voceapita.com.br/professor/referencia/direitos/direitos_fundamentais1.doc>. Acesso em: 23 abr. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. Elements of a theory of human rights. In: **Philosophy and public affairs**, v. 32, n. 4, p. 315-356, Fall 2004. Disponível em: <<http://www.mit.edu/~shaslang/mprg/asenETHR.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

_____. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.



NOVO SISTEMA INTERPRETATIVO DO DIREITO CIVIL

Jorge Renato dos Reis¹

Júlia Bagatini²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo tratar de um tema relativamente novo e ao mesmo tempo instigante: o Novo Sistema Interpretativo do Direito Civil. Para tanto, cuida-se de tratar o histórico do direito civil no Brasil, da constitucionalização do direito civil e a eficácia dos direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e de tratados internacionais no âmbito do direito privado.

2 DIREITO CIVIL: BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA

Para a correta compreensão de determinado tema, imperioso se faz o estudo histórico do assunto, pois somente a partir dele pode-se entender o atual sistema. É com tal intuito que nesse primeiro capítulo aborda-se, de forma abreviada, o histórico do Direito Civil no Mundo.

Com o intuito de afastar a intervenção estatal das relações civis surge, em 1804, o “*Code de France*”, conhecido também por Código Napoleônico. Tal Código, lançado logo após a Revolução Francesa, trouxe uma visão aprimorada e estruturada do Direito Civil, na qual o Estado encontrava-se absolutamente afastado das relações ditas, nesse momento, privadas.

A codificação do Direito Civil pelo Código Napoleônico trouxe, como todas as demais codificações, a sistematização da matéria objeto de estruturação, arraigada em valores bastante contundentes. A Codificação Civil Francesa trazia, pois, dois valores basilares: o individualismo e o patrimonialismo. Tais valores, tidos como pedras de toque do sistema civil, eram imprescindíveis para que o Estado se mantivesse distante das relações civis.

A primazia do individualismo e do patrimonialismo era visível, no qual o brocado da “*pacta sunt servanda*” era principiológico, inserindo a premissa de que qualquer acordo jurídico deve ser respeitado. Nesse sentido Kléber Martins de Martins de

1 Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul. Pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu Mestrado em Direito da UNISC. Professor na graduação da UNISC. Coordenador do projeto “O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”, com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, CNPq. É advogado atuante, e-mail: jreis@unisc.br.

2 Advogada. Mestranda em Direito pela UNISC. Bolsista CAPES, Tipo II. Componente dos grupos de pesquisa “Intersecções entre o público e privado” e “Direito do Autor”, ambos coordenado pelo Prof. Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis.



Araújo³ (2012) menciona:

Esse princípio (*pacta sunt servanda*) teve origem na Escola Clássica francesa e foi adotado pelo Art. 1.134 do Código de Napoleão. Por essa regra, os contratos fazem lei entre as partes e, por isso, devem ser cumpridos ou os pactos não de ser observados, não obstante o advento de situações e resultados imprevisíveis, mesmo que levem à ruína um dos contratantes.

Em 1896, seguindo o modelo e os valores do Código Francês, surge o Código Civil Alemão (BGB). Nesse momento histórico há a distinção patente entre o direito público e o direito privado, aquele caracterizado pela intervenção estatal, enquanto o direito privado, calcado na autonomia das partes, sem qualquer ingerência do ente político Estado.

Em 1824, no Brasil, surge a primeira Constituição Imperial do Estado. Nela, entre outros dispositivos, havia a menção expressa da necessidade da confecção de um Código Civil e de um Código Penal, a fim de regular as relações sociais e a vida em sociedade. Mais tarde, em 1855, o Estado brasileiro contrata Teixeira de Freitas para elaborar um Código Civil brasileiro, cujo esboço foi apresentado em meados de 1862, contando com mais de cinco mil artigos em sua codificação. Em tal esboço verificou-se que Freitas trouxe a tutela jurídica do nascituro, a revisão contratual, a dissolução do casamento, entre outros artigos de suma importância. Ocorre, no entanto, que para a época tais situações não se mostravam condizentes com a estrutura brasileira. Eram muito avançadas para o período.

Assim, apesar do grandioso trabalho de Teixeira de Freitas, o Estado brasileiro não aceitou o Código Civil por ele proposto, pois, conforme já dito, estava em dissonância com o momento histórico brasileiro. Vale mencionar, entretanto, que os temas trazidos por Freitas são hoje – após mais de cem anos – discutidos em nosso sistema jurídico brasileiro, inclusive com ares de atualidade.

Foi em 1899 que o Estado brasileiro, na ânsia por um Código Civil, contratou o então professor Clóvis Beviláqua, docente da Faculdade de Direito do Recife e disciplinador da matéria de Filosofia, já que não havia direito civil no Brasil. Em 1916, surge o tão esperado Código Civil brasileiro.

Assim, o Brasil passa a ser um país codificado em matéria civil, fato este que ocorre até os dias atuais.

2.1 Do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002

O Código Civil de 1916 (CC/16) surgiu com a mesma ideologia dos diplomas confeccionados na França (Código Napoleônico) e na Alemanha (BGB), ou seja, valia-se dos predicados do individualismo e do patrimonialismo, não dando espaço à intervenção Estatal nas relações jurídicas civis.

O Direito Civil, com o CC/16, foi estruturado da seguinte maneira: Parte Geral, que trazia elementos da relação jurídica, por meio das pessoas, bens e fatos

3 MARTINS DE ARAÚJO, Kleber. Contratos Administrativos: cláusulas de reajuste de preços e reajustes e índices oficiais. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos/566>>. Acesso em 10 fev. 2012, p. 02.



jurídicos, e Parte Especial, que trazia os direitos das obrigações, com os contratos e a responsabilidade civil, os direitos reais e, ainda, as relações afetivas, referentes ao direito de família e ao direito sucessório.

A estrutura do Código Civil manteve-se por muito tempo, sendo várias Constituições criadas, nenhuma delas trazendo questões e normas referentes ao Direito Civil, até porque as Constituições disciplinavam questões relacionadas ao até então direito público, enquanto o Código Civil disciplinava questões afetas ao direito privado. O Código Civil era chamado por muitos juristas como a “Constituição do Direito Privado”. Nesse sentido, cita-se Gustavo Tepedino (1999), que diz: “O Código Civil de 1916 tratava de cuidar das relações privadas servindo como uma **Constituição do Direito Privado**” (o grifo não existe no original).

Novos conflitos sociais surgiram e, com isso, a imensa necessidade de serem eles regulados. Assim, inicia uma crescente edição de leis esparsas, nominadas como microsistemas jurídicos, alheios ao Código Civil de 1916, que se mostrava desatualizado frente às novas condições da sociedade brasileira. Tantas foram as leis esparsas editadas, que o CC/16 passou a perder a sua generalidade e completude de direito privado, não conseguindo superar sua primazia em relação ao direito civil⁴.

Frente ao narrado, vários doutrinadores passaram a dizer que somente uma norma hierarquicamente superior poderia (re)unificar o direito civil⁵. Assim, surge a Constituição Federal de 1988, trazendo normas de direito civil referentes à propriedade, à família e aos contratos. A fonte primária do direito civil deixa de ser o Código Civil e passa a ser a Constituição Federal.

Assim, conforme Cristiano Chaves Farias⁶, referindo-se à Constituição Federal de 1988: “houve uma verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, a partir da afirmação da cidadania como elemento propulsor.”. Houve, portanto, uma mudança de eixo, de paradigma, com o surgimento da chamada Constitucionalização do Direito Civil.

A tábua axiológica da CF de 1988, isto é, os valores fundamentais dessa Constituição passam a ser a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a erradicação da pobreza, a liberdade e a igualdade substancial. Assim, verifica-se que o Código Civil de 1916 passa a entrar em rota de colisão com os princípios presentes na Constituição Federal.

Como a CF/88 passou a tratar de temas de direito civil e trouxe atributos fundamentais e cogentes para serem aplicados nas relações jurídicas, passa a ocorrer um deslocamento do eixo fundamental do direito civil, uma espécie de descodificação, já que surgem leis esparsas buscando a regulação do direito civil em consonância com a CF de 1988, que é o caso, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso, entre outras.

Dessa forma, verificou-se a premente necessidade de edição de um novo Código Civil, que contemplasse os valores dispostos na Constituição Federal. Nesse sentido surge com a Lei 10.406/02, o Novo Código Civil Brasileiro, em 2002, e tal codificação

4 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

5 _____, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

6 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Teoria Geral*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br>>. Acesso em: 04 fev. 2012, p. 24.



supera as ideias patrimonialistas e individualistas do CC de 1916 e traz novos valores, como a sociabilidade, eticidade e operabilidade, valores esses que serão estudados posteriormente.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Conforme já visto, a fonte primária do direito civil deixou de ser o Código Civil e passou a ser a Constituição Federal. Tal movimento foi chamado por muitos de *constitucionalização do direito civil*. Em verdade, o que se quer dizer é que o direito civil deve ser interpretado de acordo com os predicados dispostos na CF⁷.

Importante mencionar a diferença entre constitucionalização do direito civil e publicização do direito civil, já que de forma recorrente verifica-se a confusão entre os dois termos. Constitucionalização, até aqui tratada, é a compreensão dos institutos do direito civil conforme a Constituição Federal. Já a publicização do direito civil é o Estado interventor legislador através da edição dos microssistemas jurídicos, retirando do CC matérias internas a fim de proteger a parte hipossuficiente, limitando a autonomia privada. Normalmente confundem-se esses dois termos, já que é possível a presença da constitucionalização e da publicização do direito civil em um mesmo momento, como é o caso do direito do consumidor.

Assim, no que se refere à constitucionalização do direito civil, entre inúmeros questionamentos, alguns parecem pertinentes, como a possibilidade ou não de aplicação dos direitos fundamentais individuais e sociais nas relações entre particulares no direito civil, assim como a aplicação dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas e a eficácia dos tratados e convenções internacionais no âmbito do direito civil. São questionamentos como esses que serão tratados adiante.

3.1 Eficácia dos direitos fundamentais constitucionais individuais no direito civil

A partir da constitucionalização do direito civil, iniciou-se uma série de questionamentos acerca do tema, e uma das mais intensas refere-se à possibilidade de aplicar os direitos fundamentais⁸ postos na Constituição Federal nas relações entre pessoas privadas. Tal assunto já vem sendo discutido há mais de meio século no Direito Comparado Europeu. Já, no Brasil, a tendência e a discussão da aplicação dos direitos fundamentais na seara do direito privado parecem ser um tema novo, com cerca de vinte anos.

Primeiramente, antes de adentrar na temática, importante mencionar quanto ao aspecto terminológico da questão. Muitos doutrinadores tratam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas como a “eficácia horizontal”. Tal terminologia, no entanto não parece ser a mais adequada para tratar do tema. Assim, nos dizeres de

7 Como exemplo questiona-se se cabem alimentos nas relações homoafetivas. Nesse sentido, verificando apenas o CC (art. 1694), pode-se dizer que não é possível a percepção de alimentos nesses casos. Entretanto, vislumbrando o CC em consonância com a CF, resta evidente que cabem alimentos nesse tipo de relação, já que a CF traz valores como a dignidade da pessoa humana, igualdade substancial, liberdade.

8 Direitos fundamentais aqui são ditos como os direitos consagrados no Título II da CF.



Ingo Wolfgang Sarlet⁹.

Já na seara terminológica registra-se uma confusão não propriamente irrelevante. Assim, com o escopo de esclarecer o sentido adotado, observa-se que sob o rótulo genérico de uma eficácia “privada” ou de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, compreendemos, em primeira linha, a possibilidade de extração de efeitos jurídicos das normas de direitos fundamentais, de tal sorte que a eficácia jurídica sempre pressupõe um efeito vinculativo. Evidentemente que com isso estamos a assumir que quando se fala genericamente em uma eficácia privada esta não está sendo limitada à problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre atores privados, mas alcança também a influência da normativa constitucional sobre os atos dos agentes estatais. Com efeito, é por isso que se deve renunciar ao uso de expressões relativamente habituais (embora imprecisas) como “eficácia horizontal” ou a conhecida *Drittwirkung* (eficácia externa ou em relação a terceiros) (...).

Independentemente da terminologia adotada, impende examinar se os direitos fundamentais individuais e coletivos são ou não aplicados no âmbito das relações privadas. A doutrina parece bastante concisa no sentido de aplicação desses direitos nas relações privadas, assim como o Supremo Tribunal Federal, que já aplicou em mais de uma oportunidade tal mandamento. Na primeira decisão nesse sentido, o STF mencionou a necessidade de se cumprir o princípio do devido processo legal em ações de cunho propriamente privado, como a exclusão de pessoa pertencente a uma associação¹⁰.

A discussão que se segue é se estes direitos fundamentais postos na CF devem ser aplicados nas relações privadas e, em caso positivo, de forma direta ou indiretamente. Surgem, portanto, teorias a respeito da contenda. A primeira delas é a teoria da ineficácia horizontal, a qual nega a possibilidade de produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tal teoria é a que goza de menor prestígio, no entanto, ainda aplicada no direito comparado. Nesse sentido, Reis¹¹ afirma:

Tem-se no sistema jurídico norte-americano que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights*, impõem limitações apenas para o Estado, não atribuindo direitos aos particulares diante de outros particulares.

9 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 22.

10 Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ.

11 REIS, Jorge Renato dos. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (orgs.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos, tomo 5*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 1501.



No mesmo sentido é o entendimento de Juan María Bilbao Ubillos¹²:

Quienes rechazan la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares esgrimen como principal argumento la irremisible degradación que sufriría el principio de la autonomía privada, criterio de referencia exclusivo y excluyente a la hora de enjuiciar la licitud de los actos privados.

Há também, a teoria da eficácia horizontal indireta. Para esse modelo os direitos fundamentais podem ser relativizados nas relações contratuais a favor da “autonomia privada” e da “responsabilidade individual”. Tal modelo tem sido utilizado na Alemanha pelo Tribunal Constitucional Federal e é amplamente dominante na doutrina daquele país. Nesse sentido, Reis¹³:

Essa corrente serviu de intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a corrente que defende a incidência direta desses direitos nas relações entre particulares. Entende, essa corrente, pela impossibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais, sob o argumento de que acabaria com a autonomia da vontade descaracterizando o direito privado, pois o converteria em mera concretização do direito constitucional.

De outro lado, tem-se a teoria da eficácia horizontal direta, que sustenta a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais constitucionais. Esse modelo é o reconhecido pela maioria dos doutrinadores da Itália, da Espanha e de Portugal.

Sarmiento¹⁴, referindo-se a esse modelo:

Nos termos dessa concepção a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade.

A doutrina e jurisprudência brasileiras não são uníssonas no acolhimento de uma dessas teorias, mas a maioria delas entende que se deve sim aplicar os direitos fundamentais de forma direta (ou *prima facie*) as relações privadas. Nesse sentido,

12 BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 270.

13 REIS, Jorge Renato dos. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (orgs.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos, tomo 5*. Santa Cruz: EDUNISC, 2005, p. 1503.

14 SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luis Roberto Barroso (org) 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 220.



Sarlet¹⁵ leciona:

A Constituição Federal brasileira de 1988 expressamente dispôs (art. 5º, parágrafo 1º) que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isto tem sido considerado, pela doutrina majoritária, como uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais (...). Neste contexto, relembra-se a conhecida lição de Jean Rivero, há sustentar já há algumas décadas que mediante o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais também na esfera das relações entre particulares estar-se-á evitando a instauração de uma espécie de dupla ética social.

Há, no entanto, vozes dissonantes, na Alemanha, em menor escala, mas não menos importantes, como é o caso do doutrinador Claus-Wilhelm Canaris¹⁶, o qual diz que os direitos fundamentais individuais e coletivos somente serão aplicados de forma direta nas relações de direito civil-privado, se estiver tal mandamento colocado de forma expressa na norma jurídica, caso contrário, sua aplicação será sempre indireta.

De qualquer maneira, independentemente da forma como se aplicam os direitos fundamentais nas relações privadas (direta ou indiretamente), é orientação quase uníssona que eles devem ser observados e aplicados ao direito civil privado. Tal premissa surge da constitucionalização do direito civil, após a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido Murillo Sapia Gutier¹⁷:

A ideia de supremacia das normas constitucionais faz com que todo o ordenamento infraconstitucional guarde compatibilidade com a norma maior. Ao se falar em constitucionalização do direito, Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 39) salienta que “a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”.

Um exemplo claro de infração à aplicação dos direitos fundamentais individuais e coletivos, nas relações entre particulares, diz respeito àquele condômino antissocial (art. 1.336, parágrafo 2º, CC) que paga multa ao condomínio sem ter tido um procedimento administrativo em observância ao devido processo legal que

15 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25.

17 GUTIER, Murillo Sapia. Constitucionalização do Direito Civil: A eficácia da Constituição e dos Direitos Fundamentais no direito privado. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7250> Acesso em: 10 maio 2012.



apurasse sua *conduta*, garantia essa disciplinada no art. 5º, LIV, da CF¹⁸, como direito fundamental.

Assim, verifica-se que apesar de poucas vozes divergentes, é majoritário o fato de se aplicar os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas – de forma direta-no âmbito das relações privadas.

3.2 Eficácia dos direitos fundamentais sociais no direito civil.

No mesmo sentido, parece que os direitos sociais devem ser compreendidos como garantias fundamentais e, portanto, aplicados nas relações privadas. Sarlet¹⁹ disciplina acerca do tema de forma categórica:

Ponto de partida da nossa análise será, aqui, também a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocadamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disso) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente da sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida dessa aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muita mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.

Nesse sentido, pode-se verificar, além de doutrina nesse sentido, várias decisões judiciais, que passaram a aplicar os direitos sociais nas relações privadas, tendo sido editadas, inclusive, algumas Súmulas nesse sentido. É o que ocorre, por exemplo, com a Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que protege o direito social à Saúde, referindo que plano de saúde não pode limitar o tempo da internação de paciente²⁰.

De igual forma, verifica-se a Súmula 364, também do STJ, que disciplina acerca do direito social de habitação nas relações privadas, mencionando a impossibilidade de penhora de bem de família de pessoas sozinhas²¹.

Para Sarlet²²:

18 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 270.

20 Súmula 302 STJ: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

21 Súmula 364 STJ: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25.



[...] também os direitos fundamentais sociais, que ocupam uma posição relevante na arquitetura constitucional brasileira, **têm representado um atual e polêmico foco de discussões no contexto da constitucionalização do Direito Privado. Especialmente no que diz com a função defensiva dos direitos sociais é possível identificar uma série de exemplos, que em várias hipóteses guardam conexão com a dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo existencial.** (grifo nosso).

Assim, consta que os direitos fundamentais sociais postos na CF atual devem sim ter eficácia nas relações entre particulares, pois é o que menciona a maioria da doutrina e grande parte da jurisprudência.

3.3 Eficácia dos tratados e das convenções internacionais no âmbito do direito civil

O emprego das garantias fundamentais e dos direitos sociais no âmbito das relações privadas tem sido recorrentemente utilizado para dirimir conflitos na seara privada. Hoje, porquanto, fala-se também no direito brasileiro junto e a partir da constitucionalização do direito civil, na eficácia de tratados e convenções internacionais no direito civil privado.

Os tratados e as convenções de direito internacional são incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, em três níveis hierárquicos. O primeiro deles é o chamado tratado internacional constitucional, aquele tratado que foi aprovado na forma da Emenda Constitucional n. 45, ou seja, que foi/é aprovado pelo Congresso Nacional por quórum qualificado de 3/5, em dois turnos, nas duas Câmaras, passando a ter *status* – então – constitucional. Nesse primeiro nível hierárquico, verifica-se de forma clara a aplicação desses tratados no âmbito das relações privadas, já que se trata de direitos fundamentais. Assim, aplicando-se tais tratados, estar-se-ia aplicando a própria CF. Como exemplo desse tipo de recepção, verifica-se a Convenção de Nova Iorque, que protege portadores de deficiência, que foi recepcionada pela CF como tratado constitucional (Decreto-Lei 186-08).

A segunda forma hierárquica é a dos tratados internacionais supralegais, que são aqueles que versam sobre direitos humanos – nominados como direitos fundamentais no âmbito interno – e que não foram aprovados como emendas constitucionais no âmbito Nacional. No Brasil, já se constata a recepção de um tratado dessa maneira, o Pacto San José da Costa Rica, conhecido também como a Convenção Interamericana



de Direitos Humanos²³.

A última forma hierárquica são os tratados internacionais legais, ou seja, aqueles tratados ou convenções que não versem sobre direitos humanos, possuindo *status apenas* legal, de lei ordinária.

A doutrina majoritária e, ao que parece, o posicionamento do STF, refere que os tratados de direitos internacionais com *status* legal são resolvidos, quando em conflitos com normas de direito privado, pelo princípio da especialidade, isto é, aplica-se a lei específica ao caso concreto, não havendo hierarquia entre o tratado e lei ordinária. Já os tratados com hierarquia constitucional são resolvidos mediante subordinação, isto é, pela dependência das demais normas à CF. Assim, algo contrário aos tratados internacionais recepcionados como constitucionais, deve ser rechaçado.

Por fim, os tratados internacionais com *status* supralegal (isto é, valem mais que a lei e menos que a CF), quando em conflito com uma norma de direito civil, resolvem-se pelo controle de convencionalidade, em tal forma de controle o que se valora é a compatibilidade do texto legal com os tratados. Todas as vezes que a lei ordinária civil atritar com esses tipos de tratados não terá validade. Assim, as normas de direito civil, atualmente, devem verificar se não estão em dissonância com normas constitucionais e também com normas supralegais (tratados internacionais que estão abaixo da CF e acima das leis ordinárias).

Assim, o direito civil hodiernamente deve verificar as normas constitucionais que recepcionaram tratados internacionais como Emendas constitucionais. Também devem certificar as normas supralegais e, por fim, fazer um juízo do princípio da especialidade, por meio de normas civis especiais, que podem ter surgido por meio de tratados ou convenções internacionais.

4 A LEI 10.406/2022 – O ATUAL CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Realizado o estudo de alguns aspectos acerca do histórico do direito civil no mundo e no Brasil, assim como a constitucionalização do direito privado e suas nuances, imperioso se torna o estudo do atual Código Civil brasileiro, seus princípios

23 A respeito do tema, impende referir um dos julgados do STF que reconheceu valor supralegal à norma: Decisão. PRISÃO - DEPOSITÁRIO INFIEL - RELEVÂNCIA DA ARTICULAÇÃO CONTIDA NA INICIAL - LIMINAR DEFERIDA.1. O pano de fundo deste habeas é ordem de prisão por sessenta dias, cuja observância ocorreu em 3 de novembro de 2005, considerada a figura de depositário infiel. O Superior Tribunal de Justiça não admitiu a sequência de recurso ordinário interposto contra acórdão formalizado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, presente impetração. Remeteu ao que decidido em habeas ajuizado em favor do paciente, consignando a sobreposição e a insubsistência dos novos argumentos expendidos. Na inicial, busca-se demonstrar que o paciente vem insistindo em parcelar o débito, proposta não aceita pela CONAB. Daí haver-se chegado à ordem de prisão que se argúi contrária à Emenda Constitucional nº 45/2004, no que endossados tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. O Brasil teria subscrito o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a versarem sobre a impossibilidade de se proceder a prisão por falta de obrigação contratual. Pleiteia-se a concessão de medida acauteladora que viabilize a soltura do paciente, vindo-se, alfim, a tornar insubsistente a prisão. (...).2. Surge a relevância do que articulado. Se, de um lado, é certo que a Carta da República dispõe sobre a prisão do depositário infiel - artigo 5º, inciso LXVII -, de outro, afigura-se inaplicável o preceito. As balizas da referida prisão estão na legislação comum e, então, embora a norma inserta no artigo 652 do Código Civil seja posterior aos fatos mencionados, o mesmo não ocorre com a disciplina instrumental prevista no Código de Processo Civil.3. Defiro a medida acauteladora. 20 de dezembro de 2005. Ministro MARCO AURÉLIO Relator. HC 87.585-TO.



basilares de formação e também peculiaridades sobre a atual sistemática.

O atual Código Civil surgiu a partir de valores calcados na socialidade, eticidade e operabilidade, contrapondo-se aos valores do antigo Código Civil de 1916, que trazia a individualidade e o patrimônio como norteadores do sistema civil da época.

Esses valores são mencionados por Miguel Reale²⁴ no momento da supervisão da comissão elaboradora e revisora do anteprojeto do Código Civil atual, acerca dos princípios norteadores do Código Civil de 2002:

Os três princípios fundamentais:

A eticidade – Procurou-se superar o apego do Código atual ao *formalismo jurídico* [...] frequente é no projeto a referência à proibidade e à boa-fé, assim como a correção (*correttezza*) ao contrário do que ocorre no código vigente, demasiado parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídico.

A socialidade – É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter *individualista* da Lei [...]. Alguns dos exemplos dados já consagram, além da exigência ética, o imperativo da *socialidade*, como quando se declara a *função social do contrato*.

A operabilidade – Muito importante foi a decisão tomada no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do direito [...]. Observo, finalmente, que a Comissão optou por uma linguagem precisa e atual, menos apegada a modelos clássicos superados, mas fiel aos valores de correção e de beleza que distinguem o Código Civil vigente.

O valor da socialidade diz respeito à preocupação com o impacto da norma jurídica sobre os sujeitos da relação jurídica e terceiros. Nesse sentido, constata-se o sentido de priorizar as deliberações aceitáveis socialmente, sem, contudo, secundarizar as liberdades individuais. Exemplo posto no CC de 2002 é o da função social do contrato, disciplinado no art. 421 CC²⁵.

Nesse momento em que se coloca o valor da socialidade surge o *terceiro lesante* e o *terceiro lesado*, com proteção a este e sanções àquele. O dispositivo referente ao terceiro lesante encontra-se disciplinado no art. 608 CC²⁶. Um claro exemplo prático nesse sentido é o caso emblemático do aliciamento de Zeca Pagodinho, pela agência de publicidade África, a qual seduziu o cantor, que até então era garoto-propaganda da cerveja *Nova Schin*, para estrelar as campanhas da cerveja *Brahma*. Isso ocorreu no ano de 2004 e a empresa publicitária foi condenada por concorrência desleal, com base no art. 608 do CC²⁷, artigo esse calcado na socialidade.

24 REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. In: Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13.

25 Art. 421 do CC: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

26 Art. 608 do CC: Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos.

27 Processo n. 9072385-17.2005.8.26.0000, oriundo da Comarca de São Paulo, 9ª Vara Cível do Foro Central.



Já um exemplo de proteção a terceiros possivelmente lesados examina-se nos casos que geraram a Súmula 308 STJ²⁸, na qual construtoras de imóveis davam em garantia ao Banco financiador da obra, os apartamentos que construía. Após, não realizavam o pagamento do encargo (financiamento), prejudicando os adquirentes dos imóveis, que passavam a perder seus bens (ou sofrer com processos judiciais) por procedimento de má-fé da construtora que vendera inicialmente o imóvel.

O valor da eticidade, por sua vez, trata da preocupação do caráter ético da norma de direito civil. Essa ética não tem a ver com a moral, mas sim com o sentido coletivo, social. A eticidade, em suma, significa a aplicação do princípio da confiança, estampado no art. 422 e seguintes do CC, que trata sobre a boa fé objetiva. Quanto a esse predicado da boa-fé objetiva, muitos julgados e exemplos são possíveis de citar. Um deles é o caso em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu, com base na boa-fé objetiva, o adimplemento substancial de financiamentos, não cabendo a rescisão contratual por parte da financeira, mas somente a execução do contrato. Nesse sentido, é um dos julgados do STJ:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. (STJ, REsp 1051270/RS, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/11/2008).

Já a operabilidade se preocupou com a aplicação facilitada da norma de direito civil, devendo as normas terem efetiva operacionalidade. Esse mandamento tenta demonstrar aos profissionais do Direito que as ocorrências tratadas por eles não devem se prender tão somente ao academicismo puramente teórico, mas sair do texto para a vida na prática, uma vez que as leis objetivam servir à pessoa humana e não essas às leis.

Esses são os valores trazidos pelo CC atual, já derivados do processo de constitucionalização do direito civil, que se contrapõe ao CC de 1916, patrimonialista e individualista, por excelência.

4.1 Da exceção ao princípio da especialidade: O Diálogo das Fontes.

O Código Civil de 2002 passa a ser uma lei bastante protetiva, pois calcada em valores constitucionais. Mas, no mesmo sentido, há outras leis específicas também protetivas, como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Código de Defesa do Consumidor (CDC), entre outros. Ocorre, entretanto, que muitas vezes o CC parece ser mais protetivo do que as normas específicas, pois mais atual e de acordo com os ditames constitucionais. Daí surge a teoria do diálogo das fontes.

A Teoria do Diálogo das Fontes foi idealizada pelo Alemão *Erik Jayme*, e tratada no Brasil pela doutrinadora Claudia Lima Marques. Essa teoria refere que as normas

²⁸ Súmula 308 STJ: A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.



gerais mais benéficas supervenientes à norma especial – a qual surge para dar um tratamento mais privilegiado a certa categoria (ECA à criança e ao adolescente) devem preferir a norma geral, por conta de inovações não acompanhadas pela norma especial, em homenagem à coerência do sistema. Mas a aplicação da norma geral em detrimento da especial somente ocorrerá se a norma geral for mais benéfica que a especial.

Assim, sobre o tema, com propriedade, Cláudia Lima Marques²⁹ refere:

Na pluralidade de leis ou fontes, existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação ora coincidentes ora não coincidentes, os critérios tradicionais da solução dos conflitos de leis no tempo (Direito Intertemporal) encontram seus limites. Isto ocorre porque pressupõe a retirada de uma das leis (a anterior, a geral e a de hierarquia inferior) do sistema, daí propor Erik Jayme o caminho do “diálogo das fontes”, para a superação das eventuais antinomias aparentes existentes entre o CDC e o CC/2002.

Exemplifica-se esta teoria com o CDC, norma eminentemente protetiva, que surgiu com o objetivo de propiciar tratamento privilegiado ao consumidor, parte mais fraca da relação consumerista. Ocorre que, com o advento do Novo Código Civil, algumas normas outorgaram tratamento mais benéfico que aquele dispensado aos consumidores pelo CDC. Assim, por lógica e coerência, há que se lançar mão de uma interpretação sistemático-teleológica, aplicando o novo tratamento às relações de consumo, mesmo que exista norma específica para o caso dispondo em contrário.

Assim, é um dos julgados do Tribunal Gaúcho:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADE EM RAZÃO DA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA DO SEGURADO. LEGITIMIDADE ATIVA DOS BENEFICIÁRIOS. PRESCRIÇÃO AFASTADA. Tratando-se de alegação de nulidade de cláusula contratual, é passível de aplicação o prazo prescricional previsto no art. 27 do CDC, mais favorável ao consumidor, com aplicação da teoria do **diálogo das fontes**. Assim, o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 27 do CDC, aplicável ao caso em espécie, é claramente mais favorável ao consumidor e deve ser o parâmetro a ser utilizado. Prescrição afastada. O beneficiário de plano de saúde tem legitimidade para exigir o cumprimento do contrato ou para discutir suas cláusulas. Preliminar de ilegitimidade ativa afastada. Mostra-se abusivo o reajuste das mensalidades em função da mudança de faixa etária, mormente tratando-se de contrato de longa duração, firmado em 1995. Manutenção do valor do prêmio sem reajuste. Aumento oneroso ao consumidor, caracterizando infringência ao CDC. As variações de preços propostas pelas seguradoras e operadoras dos planos de saúde devem observar os limites estipulados pela Lei n.

29 MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*. Aracaju, 2004, p. 15.



9.656/1998. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70025426735, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 19/03/2009).

No mesmo sentido é o parecer da Relatora Liege Puricelli Pires, no julgado supracitado:

O arcabouço legal a reger o fato que se apresenta deve ser o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, na forma da teoria do diálogo das fontes, proposto pela ilustre jurista Cláudia Lima Marques, por meio do qual se aplicam os dois diplomas legais de forma simultânea, dependendo qual for o mais favorável ao consumidor, constituindo-se em um verdadeiro diálogo entre as fontes do direito. Trata-se, portanto, de uma verdadeira relação de consumo, uma prestação de serviços de saúde a uma parte vulnerável que atrai a aplicação do CDC. Assim, o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 27 do CDC, aplicável ao caso em espécie, é claramente mais favorável ao consumidor e deve ser o parâmetro a ser utilizado. Além da não aplicabilidade do Código Civil no tocante a prescrição, vale lembrar que o termo *a quo* difere nos dois diplomas legais, enquanto no CC ele é contado a partir da efetiva prestação, na qual o sujeito teria que notar o vício, no CDC ele é contado a partir do conhecimento do dano pelo consumidor, no teor do art. 27.

Assim, a teoria do diálogo das fontes vem ao encontro da realização da constitucionalização do direito privado, determinando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, demonstrando que o sistema jurídico objetiva em primeiro lugar o resguardo da dignidade da pessoa humana, conforme determina a CF.

5 CONCLUSÃO

Do exposto, mesmo que de forma sucinta, vez que o tema é amplo e demanda constante estudo e aprofundamento, pode-se verificar o novo contexto do Direito Civil Brasileiro, a partir da superação dos predicados patrimonialistas e individualistas do Código Civil de 1916 para um momento marcado pela Constitucionalização do Direito Civil, sendo o principal foco das relações o *ser*. Como consequência da constitucionalização do Direito e da pessoa humana como centro do estudo, mostra-se necessário a aplicação da eficácia dos direitos e garantias fundamentais, de forma direta, no âmbito das relações privadas, consagrando também os predicados do Código Civil de 2002, ou seja, a socialidade, a eticidade e a operabilidade.

REFERÊNCIAS

BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.



BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 fev. 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado da Alemanha. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil (Teoria Geral do Direito Civil)*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Teoria Geral*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br>>. Acesso em: 04 fev. 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. I.

GUTIER, Murillo Sapia. Constitucionalização do Direito Civil: A eficácia da Constituição e dos Direitos Fundamentais no direito privado. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7250> Acesso em: 10 maio 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*. Aracaju, 2004.

MARTINS DE ARAÚJO, Kleber. *Contratos administrativos: cláusulas de reajuste de preços e reajustes e índices oficiais*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos/566>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, Miguel. Visão geral do novo Código Civil . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2718>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

REIS, Jorge Renato dos. O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Orgs.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____, Jorge Renato dos. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (orgs.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos*, tomo 5. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.



SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luis Roberto Barroso (org) 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.



RESERVA LEGAL FLORESTAL: PERSPECTIVAS FRENTE ÀS MUDANÇAS NA LEI AMBIENTAL

Loacir Aosani¹
Daniel Dottes de Freitas²

1 INTRODUÇÃO

Uma das grandes dificuldades no estudo de temas polêmicos e ainda não sedimentados, está na busca de argumentos convincentes, pois cada interlocutor faz exegese segundo sua carga valorativa, ou seja, seu conteúdo axiológico. Interesses individuais e de grupos ditam a complexidade do tema aqui enfrentado, uma vez que o Instituto da Reserva Legal Florestal integra uma seara ainda não suficientemente explorada, gerando diversas conclusões por parte de seus estudiosos.

O objetivo do trabalho é analisar a importância que esse Instituto possui para o meio ambiente ecologicamente equilibrado, fazendo que o imóvel rural atinja seu potencial produtivo sem agredir o ambiente natural que possui. Outro importante caminho percorrido é o de desvendar quais são as mudanças que a nova Lei Ambiental traz para a Reserva Legal, através de sua comparação com a lei antiga.

Num primeiro momento faz-se alusão à importância da existência de espaços verdes nas propriedades rurais, sendo seguido de um estudo comparativo entre a Lei 4.771/65 e a nova Lei Ambiental no que tange às áreas de Reserva Legal Florestal. Essa análise busca pontuar quais são as principais mudanças trazidas para o Instituto, seus avanços e retrocessos para o meio ambiente que se pretende no Brasil.

Por fim, destaca-se que não é intuito deste artigo esgotar o assunto, mas tão somente contribuir para que novas opiniões sejam formadas, com base na pesquisa científica, quiçá servindo como mais um referencial aos atores envolvidos com a própria proposta desenvolvimentista. Certamente, um dos grandes desafios deste nosso século é equilibrar o desenvolvimento com a preservação do meio ambiente. Este último que vem, ao longo dos tempos, sofrendo profundas transformações, as quais estão gerando desequilíbrios nos vários ecossistemas existentes e na própria vida humana na Terra. A degradação ambiental atingiu níveis tão alarmantes, que seu conhecimento e reconhecimento são incontroversos, persistindo a necessidade de imediatas adequações.

1 Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil. Sargento do Exército Brasileiro. 8º Batalhão de Engenharia de Construção, Seção de Licitações e Contratos. Av. São Sebastião, 868, Residencial Tapajós, Bloco Crepori, ap. 301, Bairro Santa Clara, CEP: 68005-090, Santarém/PA. E-mail: loacir.aosani@hotmail.com

2 Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Advogado. E-mail: danieldottes@ig.com.br



2 A RESERVA LEGAL MODERNIZANDO O DIREITO DE PROPRIEDADE

Desde os primórdios dos tempos, com o surgimento da vida humana, o solo e as florestas são utilizados pelo homem para sua subsistência. “Para o homem desse tempo, a Natureza inculta não carrega conotações negativas, pois é dela que consegue a maior parte de seu sustento e dos animais” (CRIPPA, 2010: 6)

Com a evolução da civilização houve necessidade do controle sobre a exploração do solo. Os romanos foram os pioneiros no processo de demarcação territorial; o poder que exerciam sobre seus bens era ilimitado, o patrimônio familiar era exclusivo do *paterfamilias*³ (CRETELLA, 1973: 103-104).

A preocupação em se preservar os recursos ambientais, em nível nacional, está presente desde a época do Brasil Colônia. As primeiras orientações à preservação de parte da propriedade foram feitas em 1821 por José Bonifácio de Andrade e Silva, como afirma CALDEIRA (2002: 231),

em todas as vendas que se fizerem e sesmarias que se derem, porá a condição que os donos e sesmeiros deixem, para matos e arvoredos, a sexta parte do terreno, que nunca poderá ser derrubada e queimada sem que se faça nova plantação de bosques, para que nunca falem as lenhas e madeiras necessárias.

Com o passar dos anos, as intenções na busca pela preservação foram aprimoradas. Em contrapartida, as necessidades humanas também aumentaram na procura de conforto e bem-estar, ocasionando uma imersão na exploração do Bem Ambiental⁴ (FIORILLO, 2005: 13).

Na tentativa de proteger a vegetação natural ainda existente, o Poder Público busca alternativas para conciliar as novas tecnologias de desenvolvimento com a preservação ambiental, o chamado desenvolvimento sustentável⁵ (SILVA JUNIOR, 2008: 103).

Esse modelo de desenvolvimento não é simplesmente um alerta ou um chamado à proteção ambiental; vai além, constitui-se numa nova realidade social, a qual propõe justiça e oportunidades para todos, sem destruir os recursos naturais finitos nem colocar em perigo a capacidade de sustentabilidade da Terra. A sustentabilidade, em síntese, abrange não só o meio ambiente, mas também a população, a pobreza,

3 O *paterfamilias* detinha todo o poder de decisão sobre o patrimônio da *gens* (propriedade gentilícia que lhe concedia grande poder sobre o núcleo familiar). Ao contrário da família moderna, baseada no casamento do chefe, que assim funda a sua família, os romanos eram de bases patriarcal, tudo gira em torno do *paterfamilias* (chefe) e sucessivamente vão se subordinando aos descendentes até a morte. O *paterfamilias* é o senhor a quem está confiado o domínio.

4 Os bens ambientais são aqueles reputados essenciais à sadia qualidade de vida da pessoa humana, no âmbito do que determina a Constituição Federal e em decorrência específica do comando estabelecido por nossa Carta Magna por meio de seus princípios fundamentais, ou seja: os bens ambientais são os considerados essenciais à sadia qualidade de vida de brasileiros e estrangeiros residentes no País.

5 O desenvolvimento sustentável é um processo no qual as políticas econômicas, fiscais, comerciais, energéticas, agrícolas e industriais são organizadas para produzir um desenvolvimento econômico, social e ecologicamente sustentável [...] o que significa que os recursos naturais devem ser utilizados de forma que não causem dívidas ecológicas ao se explorar as capacidades de sustentação e produção da terra.



os alimentos, a saúde, a democracia, os direitos humanos e a paz. É a busca da segurança da humanidade, em que a implementação das exigências sociais, culturais e econômicas se compatibiliza com a proteção do meio ambiente (LANFRED, 2002: 139).

Esse desenvolvimento tão sonhado não se limita a defender somente a natureza e a preservação de seus recursos para as futuras gerações. Ele vai além dessa possibilidade, defende a própria existência humana, o direito fundamental à vida na sua totalidade, como assevera FIGUEIREDO (2010: 32), “[...] o meio ambiente dinamicamente equilibrado é necessário à vida. Não se trata, portanto, apenas de alcançar a elevação do nível de qualidade de vida, mas de defender a própria vida”.

O Instituto da Reserva Legal está definido no atual Código Florestal, Lei 4.771/65, como descreve DUTRA (2009: 19):

área localizada no interior da propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e à proteção da fauna e das floras nativas.

Diante disso, observa-se que a intenção do legislador, ao estabelecer áreas verdes dentro das propriedades rurais, foi a de criar ambientes nativos para a conservação da biodiversidade, garantindo a própria produção em razão de preservar a sanidade da Terra. A legislação quer assegurar uma sintonia entre produtividade e o meio ambiente, pois a produtividade somente será duradoura e permanente se respeitadas as normas que tutelam o meio ambiente, conforme SOUZA FILHO (2000: 516-517):

A terra está destinada a dar frutos para todas as gerações, repetindo a produção de alimentos e outros bens, permanentemente. O seu esgotamento pode dar lucro imediato, mas liquida sua produtividade, quer dizer a rentabilidade de um ano, o lucro de um ano, pode ser prejuízo no ano seguinte. E prejuízo aqui não apenas financeiro, mas traduzido em desertificação, que quer dizer fome, miséria, desabastecimento. É demasiado egoístico imaginar que a produtividade como conceito constitucional queira dizer o lucro individual e imediato. Ao contrário, produtividade quer dizer capacidade de produção reiterada, o que significa, pelo menos, a conservação do solo e a proteção da natureza, isto é, o respeito ao que a Constituição chamou de meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os espaços verdes no interior das propriedades rurais contribuem para sua produção, através de seus agentes polinizadores, ou pela existência de inimigos naturais aos insetos que se alimentam das plantações, ou ainda retendo as águas das chuvas controlando assim as erosões. A manutenção de um mínimo de vegetação nativa aumenta os índices de produção, sem esgotar a Terra, contribuindo para que as futuras gerações tenham oportunidade de produzir de maneira satisfatória, alcançando índices de produção para a manutenção de sua própria existência. A adequada utilização dos recursos ambientais, existentes na propriedade, também



deve ser realizada com vistas à manutenção do potencial produtivo do imóvel.

3 A UTILIZAÇÃO DO PERCENTUAL DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NO CÔMPUTO DA RESERVA LEGAL

A Lei 4.771/65 exige que todos os imóveis rurais devam manter uma porcentagem mínima de vegetação, dependendo do bioma em que ele se encontra, estando estabelecido para as propriedades situadas na Amazônia Legal o percentual de 80%. Para aquelas localizadas em áreas de cerrado a preservação limita-se em 35%, e nas demais propriedades o percentual é de 20% de área preservada (STEFANELO, 2009: 525). O Projeto de Lei 1.876/99 não muda o conceito do Instituto da Reserva Legal, nem os percentuais de cada bioma, o que ele altera é sua abrangência

Uma das formas de flexibilização utilizada pela nova legislação é a possibilidade de as Áreas de Preservação Permanente (APP)⁶ serem utilizadas para somar na porcentagem da Reserva Legal. Essas Áreas são responsáveis pela preservação dos ecossistemas frágeis, pela estabilidade geológica, pelos recursos hídricos, pela biodiversidade e por outros tantos benefícios. As áreas de Reserva Legal focam-se na conservação de vegetação e de fauna nativa, representativas do bioma em que estão localizadas. Ambas integram um grande sistema, uma complementa a outra, os serviços ecológicos são interligados: tanto o abrigo da fauna, a polinização, o estoque de carbono, a regulação do clima, o índice de pluviosidade, todos dependem, de forma tipicamente escravocrata, dessas duas figuras jurídicas. Confundi-las gera o enfraquecimento de todo o sistema reduzindo as funções ambientais características de cada uma (LAUREANO e MAGALHÃES, 2011).

Com a autorização do cômputo, as áreas de Reserva Legal serão menores, possibilitando maior espaço para exploração do imóvel. A justificativa para a implantação dessa nova regra é a falta de espaço físico para que as atividades agrícolas e agropastoris se desenvolvam, afirmativa essa fragilizada nas palavras de RAUPP e PALLIS (2010: 1):

Análises aprofundadas da disponibilidade de terras para a expansão da produção de alimentos, fibras e bioenergia, para atendimento ao mercado interno e externo, pelo menos até o horizonte de 2020, não deixam dúvidas de que há estoque suficiente de terras agrícolas apropriadas para suportar uma expansão da produção, destacando-se o fato de que há ainda grande espaço para significativos aumentos sustentáveis da produtividade alicerçados em ciência e tecnologia.

Esses estudos, na área das ciências agrárias, demonstram que há disponibilidade de terras e a possibilidade de realizarmos um melhor aproveitamento, sem necessitar de abertura de novas frentes de desmatamento e muito menos a diminuição nos percentuais de Reserva Legal. Segundo eles, a agricultura pode se desenvolver nas

6 área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º da lei 4.771/65, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas



terras de alta aptidão agrícola, hoje ocupada pela pecuária extensiva. Essa por sua vez deve se pautar na produção intensiva, o que corresponde a uma pecuária mais produtiva, demandando menos terras e oferecendo um produto de melhor qualidade (SPAROVEK e BERNDES, 2010).

Outro fator preponderante para a inclusão dessa regra foi dar proteção às propriedades rurais menores, que praticam a agricultura familiar, desonerando os pequenos agricultores de terem uma parte de seu imóvel confiscado, o qual não poderia ser utilizado de forma integral, como assegura DUTRA (2009: 29-30):

A exigência de criação da reserva legal na forma preconizada pelo Governo Federal, sem a menor sombra de dúvida, caracteriza evidente confisco de bens particulares, o que é vedado pelo nosso sistema jurídico, [...] o uso e a exploração econômica da propriedade rural fica totalmente prejudicada, ou seja, o proprietário fica tolhido no direito de usar, gozar e dispor livremente da propriedade na sua potencialidade econômica.

O argumento de proteção à agricultura familiar é essencial, pois ela detém um percentual de eficiência maior que as demais propriedades. O sistema patronal possui um coeficiente produtivo de 121,4, enquanto o modo produtivo familiar obtém um coeficiente produtivo de 168,1, revelando que quem tem menos terra a utiliza de forma mais eficiente (TEODORO, NAZARI, BERTOLINI, et al., 2005). Porém, a justificativa do confisco torna-se desarrazoada, pois a área de RL pode ser explorada mediante manejo florestal sustentável, não só para o fornecimento de madeira, como também de outros produtos, desde que compatível com as normas de proteção aplicadas a RL, conforme preceitua a Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo, SMA (2012: 9):

o proprietário pode aproveitar essas ofertas da natureza de duas maneiras: a primeira é retirando dela produtos e subprodutos que podem ser vendidos (ex. óleos, folhas, madeira, etc.) e a segunda refere-se à obtenção de benefícios indiretos (não se vê facilmente, mas contribuem muito com a qualidade e quantidade da água de irrigação, diminuição dos gastos com defensivos agrícolas, etc).

Basicamente, essa discussão possui dois lados: a expansão das atividades agrícolas e a sustentabilidade ambiental. Os critérios puramente econômicos, políticos e as paixões ligadas à defesa do meio ambiente dificilmente trarão respostas a problemas eminentemente científicos. Dessa forma, falta acrescentar a esta discussão estes últimos critérios, os científicos, e mais precisamente no campo da biologia, já que o que se busca é a proteção e a manutenção da integridade ecológica das áreas naturais.

Focado nessa ideia, o professor Metzger⁷ realizou vários estudos e experimentos, chegando à conclusão de que “são necessários 59,28% de cobertura vegetal nativa para que se mantenha a conectividade biológica dentro das propriedades rurais”

⁷ Jean Paulo Metzger, renomado professor e pesquisador do Departamento de Ecologia da Universidade de São Paulo (USP).



(ALVARENGA, 2008: 171). Este estudo leva em consideração a teoria da percolação⁸ e revelou que a recomendação sugerida pela Biologia é que as propriedades deveriam reservar no mínimo 60% de sua área para a Reserva Legal, o que, em se tratando de área amazônica, é totalmente aplicável: mas, em se tratando de áreas mais povoadas, fica muito difícil alcançar esse percentual (METZGER, 2002: 49).

Nestas áreas, com maior concentração de população, a cobertura nativa já esta bastante reduzida. Assim, para se avaliar a quantidade necessária de Reserva Legal, utiliza-se outra base científica, o limiar de fragmentação⁹. Essa figura justifica a necessidade de existir pequenas manchas de florestas para assegurar a sobrevivência das espécies, como afirma BUENO (2008: 111) em sua tese de doutorado:

De fato a área só é importante quando a quantidade de remanescente em volta do fragmento-alvo está por volta dos 30% para pequenos mamíferos endêmicos de ambientes florestais. Além disso, abaixo de 10% de remanescente, perde-se 75% das espécies endêmicas de pequenos mamíferos com ocorrência em paisagens mais florestadas.

Certamente a criação desses novos regulamentos sobre a Reserva Legal não levou em consideração os trabalhos e estudos científicos que se tem sobre o assunto, e a diminuição da Reserva Legal da maioria dos imóveis rurais do País não se coaduna com o avançar das legislações em nível nacional e internacional. O Projeto fere o princípio do Não Retrocesso, o qual não permite que novas legislações afrontem ou diminuam a proteção que atualmente é garantida ao meio ambiente. RIBEIRO (2010: 1) reproduz as palavras do professor e jurista francês Michel Prieur:

As conquistas legislativas ambientais sofrem pressão de vários interesses que buscam diminuir a proteção existente do meio ambiente. [...] anteriormente, houve a elaboração de diversas leis favoráveis à preservação da natureza, atualmente vivemos um movimento contrário, apesar do anúncio das catástrofes ambientais serem mais freqüentes, e todas as conseqüências das mudanças climáticas, as legislações ambientais estão enfraquecidas. O princípio do Não Retrocesso consiste em proteger todas as leis e convenções internacionais que prevejam uma melhoria no meio ambiente.

A atual tentativa da implantação de novas regras para a Reserva Legal diminui claramente a proteção à natureza. Nosso ordenamento jurídico eleva o meio ambiente a direito fundamental, inadmitindo seu enfraquecimento, como afirma STRECK (1999: 31):

embora (o princípio da proibição de retrocesso social) ainda não esteja suficientemente difundido entre nós, tem encontrado crescente

8 Originária da física, esta teoria procura explicar os processos que levam à condutividade, ou seja, por exemplo qual a quantidade mínima de um metal condutor que se deve acrescentar a um determinado material para que ocorra a passagem de energia. Para a biologia significa descobrir qual a quantidade mínima de vegetação necessária para permitir que uma espécie atravesse a paisagem de uma ponta a outra sem correr riscos de extinção.

9 O limiar de fragmentação diz respeito ao tamanho mínimo de fragmentos de vegetação para que as espécies da fauna possam sobreviver sem correrem o risco de extinção.



acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado Democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional.

No próprio voto do relator ao projeto de lei, dando motivação inicial a mudança na Lei Ambiental, existe referência clara de que a natureza é protegida constitucionalmente, cujo bem tem natureza difusa, sendo sua proteção responsabilidade de todos, conforme afirma REBELO (2010: 239)

[...] essa discussão não pode ignorar os preceitos constitucionais relativos ao meio ambiente. O que significa dizer que, qualquer que seja a solução apontada, deve levar em consideração o conceito de desenvolvimento sustentável. Um modelo econômico, político, social, cultural e ambientalmente equilibrado, que satisfaça às necessidades das gerações atuais, sem comprometer a capacidade das futuras gerações de satisfazer às suas próprias necessidades.

O momento atual é de dar maior proteção ao meio ambiente. Há preocupações de que as catástrofes ocorridas recentemente são influenciadas pelo desequilíbrio ecológico, pelo indiscriminado desmatamento que aumenta o aquecimento global e pela diminuição considerável das florestas, responsáveis pela retirada do gás carbônico da atmosfera (COGGIOLA, 2006).

No meio dessas assertivas, de a redução de espaços verdes estar relacionadas com catástrofes atuais, inclusive com o aquecimento global, e pelo projeto de lei reduzir claramente a proteção ao meio ambiente, diminuindo na maioria das propriedades rurais a área da Reserva Legal, afronta-se um dos princípios basilares do direito ambiental, que é o princípio da prevenção, como explica SILVA (2009: 12):

O princípio da prevenção tem como finalidade evitar lesões do meio ambiente, o que implica capacidade de antecipação de situações potencialmente perigosas, de origem natural ou humana, capazes de pôr em risco os componentes ambientais, de modo a permitir a *adopção* dos meios mais adequados para afastar a sua verificação ou, pelo menos, minorar as suas consequências.

Este princípio orienta que é necessário afastar eventuais riscos futuros ao meio ambiente, não sendo permitido que determinadas atividades sejam implementadas se são suscetíveis de causarem danos ao ambiente natural. Ele age antes que ocorra o prejuízo, atua na prevenção do dano, tendo em vista que, após a ocorrência desse, é muito difícil fazer a natureza retornar ao seu *status quo*. Assim, com os indícios e a possibilidade do risco de o meio ambiente sofrer futura agressão, deverão ser adotadas medidas para que esse seja resguardado. A redução da cobertura vegetal que o projeto de lei propõe não satisfaz a esse princípio, o qual deveria ser utilizado com mais responsabilidade, especialmente na criação das políticas públicas do País.



4 RECOMPOSIÇÃO DA RESERVA LEGAL COM A INTRODUÇÃO DE ESPÉCIES EXÓTICAS¹⁰ E SUA COMPENSAÇÃO EM NÍVEL DE BIOMA

Outra diferença fundamental que o Projeto traz, em relação ao Código Florestal, refere-se à recuperação da Reserva Legal. Na lei 4.771/65 a recomposição é permitida mediante o plantio temporário de espécies exóticas como pioneiras. A mudança na legislação autoriza a recomposição da RL mediante o plantio intercalado de espécies nativas e exóticas, desde que a área de exóticas não exceda 50% da área.

O problema ocorre quando se retira o regramento de substituir temporariamente a vegetação nativa pela espécie exótica, uma vez que a segunda se não for em caráter temporário, prejudica a biodiversidade da primeira, como explica REBOUÇAS (2009: 1),

A introdução de uma espécie estranha num bioma pode acarretar quebra do equilíbrio ecológico entre as espécies nativas de determinado ambiente. Quando uma espécie exótica não se extingue, torna-se em praga gerando a extinção de espécies nativas de um determinado meio.

O objetivo da Reserva Legal é a preservação do ecossistema nativo. Ao introduzir vegetação, que não faz parte do bioma, não se alcançará uma proteção completa, criando-se desertos verdes de eucaliptos e pinos, espécies essas que poderão ser exploradas economicamente, não atendendo ao principal objetivo do instituto jurídico.

A compensação da RL é outro ponto na discussão. A lei 4.771/65 orienta que essa compensação deve ser realizada na mesma bacia hidrográfica, o que é aumentado em nível de bioma na nova legislação. Essa medida permitirá que imóveis rurais, situados em áreas valorizadas, tenham sua RL compensada em locais onde o valor de mercado das terras é menor, como afirmam SPAROVEC, BARRETTO, KLUG, et al. (2011: 128),

Esta abrangência pode dotar o mecanismo da compensação de características do mercado imobiliário, engajando agentes econômicos privados para sua operação em larga escala territorial. Para quem produz e quer legalizar sua situação, compensar fora da propriedade poderá, dependendo da relação oferta e demanda, ser mais barato do que reduzir a área de produção e restaurar a vegetação natural na propriedade onde foi criado o passivo.

Nessa situação, o que se tem é a monetarização do instituto da Reserva Legal travestida de compensação, o que certamente será muito mais vantajoso, para diversos empreendimentos. Mais uma vez ignora-se o principal motivo da existência da Reserva Legal, ou seja, a preservação de ecossistemas nativos e da biodiversidade local.

¹⁰ Espécies exóticas são aquelas que ocorrem numa área fora de seu limite natural historicamente conhecido, como resultado da dispersão acidental ou intencional por atividades humanas, por exemplo o eucalipto e o pinus.



5 A RESERVA LEGAL NA NOVA LEI AMBIENTAL SOB ÓTICA JURÍDICA

O meio ambiente ocupa papel de destaque na Constituição Federal Brasileira de 1988. O art. 225 deixa claro que todas as pessoas têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme estabelece SPAROVEC, BARRETTO, KLUG, et al. (2011: 112),

especificamente no Direito brasileiro, a reestruturação da relação ser humano/meio ambiente tem na Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) um de seus marcos mais importantes, justamente por se tratar da principal norma do ordenamento jurídico nacional. De maneira inovadora, a CRFB/88 dedicou um capítulo específico para a questão ambiental, reconhecendo expressamente que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225).

O latente debate em torno das mudanças na legislação ambiental diz respeito não somente às entidades de classe envolvidas. O que se tem em jogo são os próprios princípios constitucionais da Função Social da Propriedade ligada diretamente à sua proteção ambiental (função socioambiental) e os Princípios da Ordem Econômica. O Instituto da Reserva Legal atinge diretamente o núcleo do princípio da Função Socioambiental, pois “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente” (Art. 186, II CF/88)

Do ponto de vista econômico deve-se aproveitar racionalmente o potencial produtivo da propriedade, desenvolvendo técnicas de produção sustentável. Do ponto de vista ecológico, a preservação e utilização adequada do meio ambiente que a engloba é fundamental para a própria manutenção do potencial produtivo do imóvel. O proprietário tem um direito-dever: direito de ter o bem e dever de utilizá-lo em benefício de todos. O próprio Código Civil Brasileiro reforça esse entendimento em seu art. 1.228 §1º:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O desenvolvimento aliado à produção sustentável deve nortear as ações para a criação de leis que protejam o meio ambiente. Nesse sentido a Suprema Corte Brasileira, em julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade da relatoria do Ministro Celso de Mello, teve o seguinte entendimento, STF (2005: 3), a saber:

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador



em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

É inevitável que as propriedades rurais tenham que adotar medidas de proteção à natureza, pois essa mesma natureza fará com que os custos de sua produtividade a médio e longo prazos sejam reduzidos, pois o serviço que esse ambiente proporciona às plantações é totalmente benéfico. A manutenção de um mínimo de natureza em sua estrutura não pode ser mitigada. Dessa forma, não há como aceitar que inúmeras propriedades rurais fiquem sem a obrigação da cobertura vegetal.

6 CONCLUSÃO

O moderno direito de propriedade deve atender os ditames da justiça social, característica de um Estado Democrático de Direito, voltada para a preservação do meio ambiente, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento sustentável, assegurando o equilíbrio ecológico entre produtividade e meio ambiente.

A figura jurídica da Reserva Legal tem a pretensão de conservar, no interior de cada propriedade espaços com ambientes naturais, com a finalidade de manter os ecossistemas e a diversidade biológica. Além disso, essa figura conserva o poder de regeneração do solo, auxilia no controle de pragas sobre as lavouras, absorve as águas da chuva controlando a erosão, protege a fauna e a flora dos ambientes locais, além de outras inúmeras vantagens para o proprietário e para a sociedade.

A atual situação de degradação dos recursos ambientais, na esfera global, desperta na humanidade a consciência da necessidade de preservação, e os países, assim como o Brasil, devem assumir uma posição de defesa ao meio ambiente, buscando alcançar o desenvolvimento de forma sustentável. É preocupante imaginar que a conotação meramente econômica possa influenciar em retrocesso na proteção dos recursos naturais. O momento atual é de buscar a conservação dos recursos ambientais, sob pena de ocorrer sua escassez e provocar sérias dificuldades para que as gerações futuras se desenvolvam.

Uma lei nacional que diminui a proteção ambiental estará ferindo um direito humano fundamental dos brasileiros e também dos cidadãos de outras nações, pelo fato de os ecossistemas do planeta estarem interligados, e levando o dano ambiental aqui provocado a repercutir, mais cedo ou mais tarde, ainda que em menor grau, em outros países, afetando negativamente os seus habitantes, ferindo também o direito fundamental humano de todos eles a um meio ambiente adequado.

O meio ambiente que se quer certamente não é aquele constituído por áreas desertificadas e rios assoreados pela destruição florestal, com as conseqüentes



enchentes e deslizamentos de encostas em morros, causando vítimas de soterramento. O que se busca é alcançar os ditames do art. 225 da Constituição Federal, ou seja: um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Portanto, quanto mais se evitar a destruição das florestas nas propriedades, mais esse direito humano estará sendo respeitado.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Luciano José. **Reserva legal e conservação dos domínios ecológico-florísticos brasileiros: argumentos biológicos e jurídicos para uma análise crítica da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 13, n 51, jul.-set./2008.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005
- BUENO, Adriana de Arruda. **Pequenos mamíferos da Mata Atlântica do Planalto Atlântico Paulista: uma avaliação da ameaça de extinção e da resposta a alterações no contexto e tamanho dos remanescentes**. Tese (Doutorado em zoologia). Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo. 2008. 116 p. Disponível em <[Http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/41/41133/tde-02122008-151118/pt-br.php](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/41/41133/tde-02122008-151118/pt-br.php)>. Acesso em: 19 nov. 2011.
- CALDEIRA, Jorge (org.). **José Bonifácio de Andrada e Silva**. São Paulo: ed. 34 Ltda, Virtual Books, 2002. Disponível em <<http://books.google.com.br/books?id=aPf7cSlzJYQC&pg=PA131&lpg=PA131&dq>>. Acesso em 03 mai. 12
- COGGIOLA, Osvaldo. **Crise Ecológica, Biotecnológica e Imperialismo**. 2006. Disponível em <<http://www.insrolux.org/textos2006/coggiolaecologia.pdf>>. Acesso em 04 mai. 2012.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- CRIPPA, Giulia. **Representações iconográficas e literárias da produção de alimentos: espaços, atores e ideologias entre Antiguidade e Idade Média**. Revista de Nutrição. Campinas/SP vol.23 nº 1 p. 6, Jan./Feb. 2010 disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-52732010000100016&lang=pt>. Acesso em 30 abr. 2012.
- DUTRA, Ozório Vieira. **Reserva Legal**. São Borja: Conceito, 2009.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A Propriedade no Direito Ambiental**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito Ambiental Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 13.
- LAUREANO, Delae dos Santos, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Código Florestal e catástrofes climáticas**. Jan 2011. Disponível em <<http://www.rumosdobrasil.org.br/2011/01/24/codigo-florestal-e-catastrofes-climaticas/>>. Acesso em: 25 nov. 2011.
- LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental: busca da efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.139



METZGER, Jean Paul. **Bases Biológicas para a Reserva Legal**. São Paulo, Ciência Hoje, Jun. 2002. Disponível em <[Http://www.tecniflora.com.br/8_-_Metzger_CH-opiniao-2002.pdf](http://www.tecniflora.com.br/8_-_Metzger_CH-opiniao-2002.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2011.

RAUPP, Marco Antonio; PALIS, Jacob. **Carta da SBPC e ABC sobre as mudanças no Código Florestal**. Disponível em <http://www.abc.org.br/article.php3?id_article=856>. Acesso em: 08 nov. 2011.

REBELO, Aldo. **Parecer do relator ao Projeto de Lei 1.876, de 1999**. Brasília, 2010. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=480245>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

REBOUÇAS, Fernando. **Espécie Exótica**. [S.L.], 2009. Disponível em <<http://www.infoescola.com/biologia/especie-exotica/>>. Acesso em: 27 out. 2011.

RIBEIRO, Roseli. **Priour defende um novo princípio no direito ambiental**. Revista Observatório Eco, out 2010. Disponível em <<http://www.observatorioeco.com.br/priour-defende-um-novo-principio-no-direito-ambiental/>>. Acesso em: 06 ago. 2011.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Meio Ambiente. Departamento de Proteção da Biodiversidade. **Reserva Legal**. São Paulo: SMA, 2010. Disponível em <http://www.em.ufop.br/ceamb/petamb/cariboost_files/reserva_2blegal.pdf>. Acesso em 05 mai. 2012.

SILVA JUNIOR, Ivanaldo Soares da. **A Educação Ambiental como Meio para a Concretização do Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 13, n 50, abr.-jun./2008.

SILVA, Vasco Pereira. “Mais Vale Prevenir do que Remediar” Prevenção e Precaução no Direito do Ambiente. In: PES, João Hélio; OLIVEIRA, Rafael Santos de (Org). **Direito Ambiental Contemporâneo: Prevenção e Precaução**. Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Direito Agrário e Meio Ambiente. In: LARANJEIRA, Raymundo (org.). **Direito Agrário Brasileiro: em homenagem à memória de Fernando Pereira Sodero**. São Paulo: LTr, 2000.

SPAROVEK, Gerd; BARRETTO, Alberto; KLUG, Israel et al. **A Revisão do Código Florestal Brasileiro**. São Paulo: Novos Estudos – CEBRAP (online). Nº 89, mar 2011, PP. 111-135. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000100007>. Acesso em: 16 out. 2011.

_____; BERNDES, Gören. **Considerações sobre o Código Florestal Brasileiro**. Disponível em <http://www.ekosbrasil.org/media/file/OpCF_gs_010610_v4.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2011.

STEFANELO, Fernanda Viana. **Análise do instituto da Reserva Legal e o atual cenário de degradação**. São Paulo: Revista Prisma Jurídico. Vol 8, Nº 2, jul – dez 2009. Disponível em <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCev=93412807012>>. Acesso em: 29 out. 2011.

STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 31.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1. Distrito Federal: **Diário da Justiça de 03/02/2006**. Disponível em <http://www.anpm.com.br/fotos/jurisprudencia/MC_3540.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2011.



TEODORO, Paulo Alberto Vilas Boas; NAZARRI, Rosana Katia; BERTOLINI, Geysler Rogis Flor, MIYAZAKI, Juliane; GAFFURI, Juliana; SCHMIDT, Rosana M. Agricultura familiar: uma alternativa para o desenvolvimento sustentável. In: 2º **Seminário Nacional Estado e Políticas Sociais no Brasil**. 2005, Cascavel. Disponível em <<http://cachp.unioeste.br/projetos/gpps/midia/seminario2/trabalhos/economia/meco05.pdf>>. Acesso em: 1 mai. 12.



A ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO IRPF SOBRE VALORES ACUMULADOS

Luana Figueiró Silva¹
Andrea Nárriman Cezne²

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa o Imposto de Renda sob a ótica da tributação de valores recebidos em atraso pelo contribuinte, com o objetivo de estudar o referido tributo quando incide sobre esses valores, frente à ausência de legislação a época que tratasse do tema.

Sendo assim, preliminarmente é abordado o contexto em que o Imposto de Renda foi inserido no Brasil e o conceito de renda e disponibilidade econômica e jurídica.

A problemática do trabalho é sobre a forma como o Imposto de Renda foi calculado para alguns contribuintes, de modo que esses foram onerados pela alíquota mais gravosa, qual seja 27,5 %.

Em seguida, estuda-se a forma como o Imposto de Renda foi calculado para esses contribuintes, fato esse ocorrido antes da Lei 12.350/2010, regulamentada pela Instrução Normativa nº 1.127, criada pela Receita Federal do Brasil.

Desse modo, antes da Instrução Normativa, o cálculo do IR sobre rendimentos recebidos de forma acumulada gerou um tratamento diferenciado ao contribuinte, oposto do que seria, caso os vencimentos tivessem sido recebidos de forma mensal. Assim, o Imposto de Renda seria tributado na época competente pela tabela progressiva mensal.

Frente a esse contexto, busca-se abordar ainda o quanto o Imposto de Renda incidente sobre rendimentos acumulados de pessoa física onerou o sujeito passivo, tendo em vista a forma como foi cobrado.

Na sequência, analisam-se os princípios constitucionais tributários aliados a alguns julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª região, com a finalidade de compreender o tema em estudo, devido à importância do tributo como meio de sobrevivência do Estado, ao mesmo tempo em que atinge o patrimônio do contribuinte gerando recursos e atendendo seus fins.

2 TRATAMENTO DO IRPF NA LEGISLAÇÃO SOB A ÓTICA DOS VALORES RECEBIDOS DE FORMA ACUMULADA

Para que se possa dar início ao presente estudo, o qual envolve essencialmente

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano-UNIFRA. Endereço eletrônico: luanafigueiro_sg@hotmail.com.

2 Doutora em Direito Público pela UFRGS, professora do curso de Direito do Centro Universitário Franciscano-UNIFRA. Endereço eletrônico: ancezne@gmail.com.



a tributação do Imposto de Renda Pessoa Física em rendimentos recebidos de forma acumulada, faz-se necessário definir a origem e as disposições constitucionais do Imposto sobre a renda.

Nesse sentido o Imposto de Renda foi firmado no Brasil a partir de 1920, por meio da Lei Orçamentária n.º 4625. No entanto, só usufruiu posição de destaque no ano de 1934, passando a ser disciplinado na Constituição, a qual prevê em seu artigo 6º³: “Compete, também, privativamente à União: I- Decretar impostos: [...] c) de renda e proventos de qualquer natureza, excetuada a renda cedular de imóveis”.

Ao ser disciplinado no texto constitucional, sua aplicação passou a ser de forma específica em todo o território nacional. Disso decorrem duas consequências jurídicas: a primeira é a segurança jurídica do contribuinte. A segunda é a geração de uma nova fonte de renda ao Estado.

Assim, o IR alcança pessoas físicas e jurídicas, sendo um mecanismo capaz de arrecadar recursos financeiros à Fazenda Nacional. Em face disso, para melhor compreensão do IR é necessário expandir as searas do conhecimento do Direito, adentrando em conceitos pertinentes a contabilidade, matemática e economia.

Atualmente, o Imposto de Renda encontra disposição no artigo 153, inciso III da Constituição Federal⁴: “Compete à União instituir impostos sobre: [...] III – renda e proventos de qualquer natureza [...]”.

Encontra-se disposto também no Código Tributário Nacional⁵:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

- de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
- de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

Na hipótese de receita ou rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto.

Analisando o IR, percebe-se que tal imposto possui alguns elementos elencados na Constituição Federal. Em virtude disso, devem ser observados para que não haja violação. Sabe-se que todo imposto possui um sujeito ativo e um sujeito passivo. No caso em tela, o sujeito ativo é a União. A sua administração compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

3 BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 02 abr. 2012.

4 BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011.

5 BRASIL. Código Tributário Nacional. In: **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2011.



Em contrapartida temos o sujeito passivo está previsto no art. 45 do CTN⁶:

Art. 45- Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o art. 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

O sujeito passivo pode ser tanto o contribuinte quanto o responsável tributário. Por seu turno, os impostos abarcam tanto pessoas jurídicas como pessoas físicas, sendo essas últimas alvo do presente estudo.

Deve-se expor, ainda, a forma pela qual se reconhece a base de cálculo do Imposto sobre a Renda, importando saber quantificá-lo. Impõe-se, deste modo, a averiguação de dois aspectos fundamentais, quais sejam: base disponível e renda líquida. A base disponível é referente ao acréscimo de patrimônio que demonstre a capacidade contributiva do sujeito passivo. Nas palavras de Oliveira⁷, capacidade contributiva pode ser compreendida como:

Capacidade contributiva é o atributo do contribuinte que emana e provém do conteúdo econômico necessariamente existente em todo e qualquer pressuposto de fato da obrigação tributária, isto é, no fato gerador ou fato imponible, significando dizer que todos os fatos geradores devem ter um conteúdo econômico do qual se subtrai uma parcela destinada ao erário público. Este, portanto, é o conteúdo material da capacidade contributiva.

No mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres⁸ leciona:

Mas a base de cálculo aberta à incidência fiscal, que coincide com a capacidade contributiva, há de ser montante disponível para o consumo, que só se forma além da reserva de tributabilidade representada pelo mínimo existencial e pelas necessidades vitais para a proteção da família.

Por seu turno, a renda líquida é a única que pode realmente quantificar a capacidade contributiva. Nesse sentido, aduz Torres⁹:

O princípio da renda líquida significa que o tributo federal recai sobre o acréscimo de patrimônio que se corporificar além da reserva do mínimo existencial, garantida à dedutibilidade de custos e despesas necessárias a obtenção do dito acréscimo de capital.

6 BRASIL. Código Tributário Nacional. In: **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2011.

7 OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Breves considerações sobre a capacidade contributiva e a isonomia. In: SCHOUERI, Luiz Eduardo (coord.). **Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 1, p.520.

8 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 4, p. 126.

9 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 4, p. 128.



Assim, depreende-se, a partir dos conceitos já delineados, que para Torres¹⁰ “A base de cálculo do Imposto de Renda é o montante disponível para o consumo, que apenas se forma depois da reserva de intributabilidade representada pelo mínimo existencial familiar.”

De outro lado, há também a necessidade de reconhecer-se que o fato gerador encontra-se disposto no art. 43 do CTN¹¹ o qual preleciona: “O imposto de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica”.

No entanto, Torres¹² tece críticas acerca dos conflitos em torno do fato gerador, ao dizer que “deveria ter a mesma interpretação que lhe vem dando o direito comparado: a disponibilidade é para o consumo, o que torna intributável o mínimo existencial”. Porém, o fato gerador do imposto de renda surge com a disponibilidade financeira ou econômica, sendo a disponibilidade já mencionada no artigo supratranscrito.

No mesmo sentido, o CTN utiliza-se novamente do art. 43 ao tratar da renda. Ocorre que o dispositivo legal não especificou o conceito, de forma semelhante ao legislador constituinte. Essa lacuna, por sua vez, gerou a necessidade de conceituar-se a renda e os proventos de qualquer natureza, tornando-se objeto de ampla discussão entre os doutrinadores. Na busca de uma conceituação, tem-se em Baleeiro¹³:

A Constituição deixa ao legislador complementar e à doutrina a incumbência de definir o fato gerador e elaborar o conceito de renda. Sendo extremamente complexa a noção de renda, só a legislação complementar e ordinária poderá minudenciá-la, para isso a Constituição deixou o campo aberto, falando inclusive em proventos, termo que tem significado residual, a abranger situações não contempladas claramente sob o conceito de renda.

Todavia, o conceito de renda é muito amplo, não cabendo apenas uma definição. Observa-se, entretanto, que o legislador constituinte não foi minucioso ao discorrer sobre a renda. Não fez, também, distinção entre renda e proventos de qualquer natureza, cabendo à doutrina aliada à legislação infraconstitucional estabelecer o conceito de renda e de proventos de qualquer natureza previsto na Carta Magna.

Ensina-nos Ávila¹⁴ que “o conceito de renda pressupõe uma fonte produtiva. Ora somente uma atividade organizada para o ganho é que pode perceber ‘renda’.”

Nessa linha, cumpre destacar a necessidade de distinguir proventos de qualquer natureza como aquilo que está ligado à expansão do patrimônio. Assim, renda não é patrimônio, capital, lucro ou faturamento, de acordo com o mesmo autor. Daí resulta que a expressão “renda e proventos de qualquer natureza” só pode significar o resultado positivo entre receitas e despesas de acordo com a capacidade contributiva.

Dessa forma, a incidência do IR não se refere somente à aquisição de renda

10 Ibid., p. 146.

11 BRASIL. Código Tributário Nacional. In: **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2011.

12 TORRES, op. cit., p. 128.

13 BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.182.

14 ÁVILA, Humberto. **Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 32.



ou proventos de qualquer natureza, mas também à aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza¹⁵. Sob esse entendimento, torna-se primordial o estudo da disponibilidade econômica. Compreende-se, portanto, que a conceituação de renda é de fundamental importância para definição do imposto sobre a renda.

Após a análise acerca do conceito de renda, cabe analisar a incidência do Imposto de Renda Pessoa Física, que é de grande relevância, a luz dos princípios constitucionais tributários como será estudado adiante.

Frente a esse cenário, analisando a temática proposta do IRPF incidente em rendimentos recebidos de forma acumulada, é de grande relevância compreender a evolução jurisprudencial que abarca o tema. Isso se deve ao fato de tal matéria ter tido repercussão jurídica iniciada por uma arguição de inconstitucionalidade, que fora parcialmente acolhida. O cerne da arguição de inconstitucionalidade era o cálculo do IRPF incidente sobre tais rendimentos previstos no art. 12 da Lei n.º 7713/88 que norteava o recebimento de tais valores, sendo a matéria apreciada pelo Tribunal Regional Federal 4ª Região (TRF4).

No tocante ao art. 12 da referida lei¹⁶, ocorre a disciplina quanto aos rendimentos recebidos de forma acumulada. Assim, a incidência ocorreria no mês em que os valores fossem recebidos, e ensejando o imposto sobre o total dos rendimentos.

Art. 12. No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá, no mês do recebimento ou crédito, sobre o total dos rendimentos, diminuídos do valor das despesas com ação judicial necessárias ao seu recebimento, inclusive de advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização.

Versando sobre a mesma matéria, tem-se o Decreto sobre o Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza¹⁷, o qual preceitua: “Art. 56. No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá no mês do recebimento, sobre o total dos rendimentos, inclusive juros e atualização monetária.”

Entretanto os referidos dispositivos geravam violação aos princípios constitucionais, como leciona Machado¹⁸:

O beneficiário do pagamento feito de uma só vez, de rendimentos mensais que se acumularam contra a sua vontade, em decorrência de ato ilícito praticado pela fonte pagadora, evidentemente não tem capacidade contributiva maior do que aquela que teria se houvesse

15 LEMKE, Gisele. Imposto de renda: **Os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica**. São Paulo: Dialética, 1998.

16 BRASIL. **Lei nº 7.713/88, de 22 de dezembro de 1.988**. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7713.htm>. Acesso em: 21 nov. 2011.

17 BRASIL. **Decreto nº 3.000/99, de 26 de março de 1.999**. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3000.htm>. Acesso em: 21 nov. 2011.

18 MACHADO, Hugo de Brito. Imposto de renda na fonte e rendimentos mensais acumulados. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MAGALHÃES, Marcelo. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza: questões pontuais do curso da APET**. São Paulo: MP, 2006. p. 181.



recebido mês a mês, os seus rendimentos. Nada justifica, portanto, o agravamento do ônus.

Assim, muitas demandas insurgiram contra a Fazenda Nacional pelos atos praticados pela administração ao realizar os pagamentos de uma só vez, sendo o contribuinte tributado sobre o montante recebido.

Ocorre que a fonte pagadora, responsável tributária, fazia a retenção do IRPF sobre o total percebido, conforme exigido pelo fisco. A situação gerou uma afronta a vários princípios elencados na Lei Maior como: Capacidade contributiva, Progressividade e Justiça Fiscal.

Nessa mesma seara de proteção, o contribuinte encontra respaldo no Princípio da Capacidade Contributiva que estabelece restrição à tributação conforme a possibilidade econômica de cada um, gerando uma igualdade de tratamento. No caso do IRPF, o referido princípio encontra ampla aplicação, devendo ser incorporado nos moldes da capacidade econômica de cada indivíduo, ajustando-se à riqueza de cada cidadão.

Nesse entendimento, a previsão constitucional desse Princípio encontra-se no art. 145, § 1º da Constituição Federal¹⁹ que dispõe:

Sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.

Sob esse enfoque, o IRPF é um imposto de caráter pessoal o qual é tributado conforme a capacidade econômica do contribuinte, não sendo compatível com o excesso, prejudicando a fonte de riqueza. Torres²⁰ sumariza que:

A tributação também não pode incidir sobre o mínimo necessário a sobrevivência do cidadão e de sua família em condições compatíveis com a dignidade humana. Nada tem que ver com o problema da capacidade contributiva, mas com os direitos da liberdade.

Registre-se, ainda, que o Princípio da Capacidade Contributiva está atrelado aos demais Princípios como o da Progressividade e da Justiça Fiscal. Assim, em relação ao IR, o art. 152 § 2º, I, da Constituição Federal²¹ disciplina que: “O imposto previsto no inciso III (imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza) será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei”.

Nesse entendimento, para compreensão da Capacidade Contributiva, o IR

19 BRASIL. (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2011.

20 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2, p. 305.

21 BRASIL. (Constituição 1988), op. cit.



deve ser progressivo. Aí se encontra a íntima ligação dos princípios que norteiam o referido imposto, como aduz Torres²²: “O IR deve respeitar a progressividade e será inconstitucional, por discriminatório, se a lei o impuser regressivamente, gravando por alíquotas maiores as menores fortunas.”

A progressividade é uma das formas que se majora o tributo. Assim, a progressividade do IR também é atingida quando se fala em rendimentos recebidos acumuladamente, quando esses são tributados de uma forma global.

Em tese, ao contribuinte deve ser garantida a tributação acerca daquilo que se enquadra como riqueza, ou seja, a tributação deveria recair apenas no que o contribuinte auferiu como renda. Ensina Ricardo Lobo Torres²³:

O princípio da progressividade aponta no sentido de que os impostos devem ser cobrados por alíquotas ascendentes na proporção em que se avolume a base de cálculo. Quanto maior for a base de cálculo, tanto maior deverá ser também a alíquota, produzindo resultado crescente.

Diante do exposto, é oportuno fazer uma diferenciação de como ocorrerá a incidência do IRPF sobre vencimentos acumulados, em situações anteriores mediante uma análise do que consistem os regimes contábeis de caixa e regime de competência, bem como se deu a evolução jurisprudencial.

O regime de caixa era o entendimento que predominava, dando-se a incidência no instante em que ocorria o pagamento ou o recebimento dos vencimentos. Nesse regime, não importava quando as obrigações foram acertadas, mas sim quando essas verbas foram recebidas. Esse regime era o que predominava quando os valores eram recebidos acumuladamente em virtude das decisões judiciais.

Posteriormente, sobreveio ao entendimento jurisprudencial o regime de competência, o qual efetua os cálculos do IR de uma forma mensal, independente do atraso do crédito que ao contribuinte é devido. Entendeu-se, assim, que os rendimentos acumulados não poderiam ser tributados de uma forma global, porque comportaria, em algumas situações, alíquota máxima de 27,5 % sobre o montante recebido, diferentemente do que seria se o imposto incidisse mensalmente.

22 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2, p. 317.

23 Ibid., p. 314.



Corroborando sobre o tema, instrui Andrade ²⁴:

Cabe assinalar, por outro lado, que a aplicação do regime de competência na exigência o IR tem sido muito comum em casos que envolvem montantes recebidos acumuladamente por meio de ações judiciais ajuizadas por segurados da Previdência Social. Nessas hipóteses, também tem-se entendido, como é natural que a retenção do imposto, ou a obrigação de que tais valores sejam declarados à Receita Federal, acarreta dupla punição ao segurado, já que, além da demora para receber o que era devido, terá de pagar imposto sobre valores que, se percebidos nas épocas próprias, estariam na faixa de isenção.

Importa tecer algumas considerações sobre a jurisprudência em uma breve análise de julgados. Inicialmente analisa-se o entendimento do TRF4, onde começou a ganhar destaque a referida demanda, até chegar à notória repercussão nas instâncias extraordinárias:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. ART. 12 DA LEI Nº 7.713/88. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO DE RENDA. RETENÇÃO NA FONTE. PERCEPÇÃO ACUMULADA. INCIDÊNCIA MENSAL. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. REGIME DE COMPETÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

1. Arguição de Inconstitucionalidade da regra insculpida no art. 12 da Lei nº 7.713/88 acolhida em parte, no tocante aos rendimentos recebidos acumuladamente decorrentes de remuneração, vantagem pecuniária, proventos e benefícios previdenciários, como na situação vertente, recebidos a menor pelo contribuinte em cada mês-competência e cujo recolhimento de alíquota prevista em lei se dê mês a mês ou em menor período.

2. Incidência mensal para o cálculo do imposto de renda correspondente à tabela progressiva vigente no período mensal em que apurado o rendimento percebido a menor - regime de competência - após somado este com o valor já pago, pena afronta aos princípios da isonomia e capacidade contributiva insculpidos na CF/88 e do critério da proporcionalidade que infirma a apuração do montante devido. Arts. 153, § 2º, I e 145, § 1º, da Carta Magna.

3. Afastado o regime de caixa, no caso concreto, situação excepcional a justificar a adoção da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou interpretação conforme a constituição, diante da presunção de legitimidade e constitucionalidade dos atos emanados do Poder Legislativo e porque casos símeis a este não possuem espectro de abrangência universal. Considerada a norma

24 ANDRADE, Flávio da Silva. A retenção do Imposto de Renda nos casos de rendimentos pagos, acumuladamente e em atraso, em cumprimento de decisão judicial. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 46, p. 4-10, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1099/1282>>. Acesso em 18 abril. 2012.



hostilizada sem alteração da estrutura da expressão literal.²⁵

Conforme é possível observar, é firme o posicionamento de que o regime de caixa não mais deve incidir sobre os valores acumulados, vigorando assim o regime de competência. Esse é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª região, o qual reconhece que os contribuintes que se enquadram na situação de credores de valores acumulados deverão ter o IR calculado pela tabela progressiva do período mensal.

O referente acórdão impulsionou a discussão para os Tribunais Superiores sobre os rendimentos recebidos acumuladamente, prevalecendo o entendimento de que o regime de caixa não seria mais utilizado. Por conseguinte, não é cabível a incidência do IR em vencimentos acumulados porque estar-se-ia retendo indevidamente tal imposto sobre esses valores.

O Superior Tribunal de Justiça se manifestou, por mais de uma vez, sobre a referida matéria, conforme depreende-se da leitura dos acórdãos abaixo colacionados:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO JUDICIAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VALORES PAGOS ACUMULADAMENTE.

1. No cálculo do imposto incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos.
2. O art. 12 da Lei 7.713/88 disciplina o momento da incidência e não o modo de calcular o imposto.
3. Agravo regimental não-provido.²⁶

TRIBUTÁRIO. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. VALOR MENSAL DO BENEFÍCIO ISENTO DE IMPOSTO DE RENDA. PARCELAS ATRASADAS RECEBIDAS ACUMULADAMENTE. NÃO-TRIBUTAÇÃO.

1. O pagamento decorrente de ato ilegal da Administração não constitui fato gerador de tributo.
2. O imposto de renda não incide sobre os valores pagos de uma só vez pela autarquia previdenciária, quando o reajuste do benefício determinado na sentença condenatória não resultar em valor mensal maior que o limite legal fixado para isenção do referido imposto.
3. A hipótese in foco versa proventos de aposentadoria recebidos incorretamente e não rendimentos acumulados, por isso que, à luz da tipicidade estrita, inerente ao direito tributário, impõe-se o acolhimento da pretensão autoral.

25 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Arguição de Inconstitucionalidade nº. 2002.72.05.000434-0/SC**. Relator: Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira, julgado em 22/10/2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=200272050004340&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada>. Acesso em: 21 nov. 2011.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 641531/SC**. Segunda Turama. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, DJe 21/11/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400186983&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 21 nov. 2011.



4. O Direito Tributário admite, na aplicação da lei, o recurso à equidade, que é a justiça no caso concreto. Ora, se os proventos, mesmos revistos, não são tributáveis no mês em que implementados, também não devem sê-lo quando acumulados pelo pagamento a menor pela entidade pública. Ocorrendo o equívoco da Administração, o resultado judicial da ação não pode servir de base à incidência, sob pena de sancionar-se o contribuinte por ato do fisco, violando os princípios da Legalidade e da Isonomia, mercê de cancelar o enriquecimento sem causa da Administração.
5. O aposentado não pode ser apenado pela desídia da autarquia, que negligenciou-se em aplicar os índices legais de reajuste do benefício. Nessas hipóteses, a revisão judicial tem natureza de indenização pelo que o aposentado isento, deixou de receber mês a mês.
6. Agravo regimental desprovido.²⁷

Perante isso, no ano de 2009 foi publicado o Ato Declaratório n.º 1 que trata sobre rendimentos tributáveis recebidos de forma acumulada, autorizando a Fazenda Nacional a não contestar, não interpor recursos, bem como desistir dos que já haviam sido interpostos, realizando assim o cálculo do IRPF cuja incidência remonte a vencimentos acumulados as tabelas e alíquotas próprias que fazem referência a tais rendimentos, sendo dessa forma o cálculo mensal e não global.

Entretanto, sobreveio um parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional suspendendo os efeitos do referido Ato Declaratório, passando a Medida Provisória n.º 497, de 28 de julho de 2010, a prever e disciplinar os rendimentos acumulados. Sendo assim, através da referida Medida Provisória, foi adicionado o art. 12-A à Lei 7713/88, que alterou a discriminação dos rendimentos acumulados do artigo que já fora supracitado. Posteriormente, essa Medida Provisória foi transformada na Lei n.º 12.350/2010.

A Receita Federal publicou, em 08 de fevereiro de 2011, a Instrução Normativa n.º 1.127, que atribui nova metodologia de cálculo aos rendimentos acumulados na apuração do IRPF, pelo regime de competência. No entanto, a IN foi norteadada por regras da Medida Provisória n.º 497.

Assim, antes de ter sido convertida em Lei, a referida MP disciplinou a efetivação de um direito dos contribuintes, qual seja, o reconhecimento do regime de competência no tocante à tributação de rendimentos acumulados.

Em sentido semelhante, o STF analisou dois acórdãos de Repercussão Geral sobre o tema, onde com exímio entendimento, foi ressaltado que os indivíduos que receberam verbas acumuladas em 2010, relativas aos anos anteriores, devem ser tributados na fonte e ter seu imposto de renda readequado, apurado como se fossem recebidos mês a mês, respeitadas as isenções e deduções legais. Cumpre ressaltar que um sistema híbrido foi criado para incidência desses valores. Sendo assim, o legislador regulamentou a apuração do Imposto de Renda de forma apartada.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1069718/MG**. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux, DJe 25/05/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801390050&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 21 nov. 2011.



3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs a analisar a tributação referente aos rendimentos acumulados que foram alvo de decisões divergentes. Na Justiça Federal, por conseguinte, tal assunto afeta os princípios constitucionais que também foram alvo de estudo, tais como Capacidade Contributiva, Justiça Fiscal e Progressividade.

Diante das dúvidas frequentes e da incerteza do contribuinte se tais verbas integram ou não conceito disposto nos artigos 43 e 44, extrai-se a conclusão de que esses valores não compõem o conceito de Renda, elencado no CTN, bem como não constituem fato gerador do mesmo artigo, sendo assim, estão impossibilitados de serem arrecadados como tributos a título do imposto de renda.

Dessa forma, a punição sofrida pelo sujeito passivo, quando alcançado pelo imposto de renda em valores acumulados e tributados em alíquota de 27,5%, faz estremecer preponderantemente o orçamento mensal.

Ademais, é de relevante consequência que aquele que não recebe seus rendimentos de forma mensal, e vem depois a recebê-los por meio de decisão judicial, não teve aumentada a sua capacidade contributiva. Teve, em verdade, o resguardo judicial de um direito que lhe havia sido retirado.

Desse modo, é infundada a premissa de que não se torna necessário o ajuizamento de ações para a tributação do regime de competência, porque foi implementado o sistema híbrido, haja vista que remanesce a perda da capacidade contributiva. Esses argumentos fortificam-se por não haver uma regulamentação que disponha sobre os valores acumulados anteriores ao ano de 2010, isso porque a lei 12.350 não os contempla.

A Receita Federal, ao que tudo indica, tem dado interpretação diversa a esse entendimento, no sentido de que permanece contestando as referidas ações, ou seja, a incidência do Imposto de Renda ainda recai sobre esses pagamentos.

A constatação a que se chega é que, ainda que o beneficiário dos valores acumulados tenha sido agravado pelo tributo e tenha a possibilidade de buscar a ação de repetição de indébito, houve, neste decurso de prazo, uma progressividade desmedida que acabou por onerá-lo em suas necessidades básicas ou o mínimo social como alguns doutrinadores lecionam.

Por fim, a retenção operada pelo Fisco é inconstitucional, bem como fictícia a interpretação dada aos rendimentos como acréscimo patrimonial que tem como consequência a inscrição do contribuinte em dívida ativa.

Com isso, percebe-se que a interpretação fazendária torna-se cada vez mais contraditória aos dispositivos legais. De um lado se apresenta uma solução a tributação, com intuito de efetuar com justiça o recolhimento do imposto, e de outro a Fazenda Nacional intervém rompendo com a segurança jurídica do contribuinte, contestando e afrontando princípios constitucionais.

Através deste estudo, conclui-se que existe um processamento diferenciado ao credor desses valores com relação ao imposto de renda. O contribuinte que recebeu corretamente tais rendimentos, que, por vezes, foi isento de recolher o IR versus os que receberam tardiamente, o imposto incidiu sobre o montante. Dessa feita, observa-se que existem contribuintes que estão num patamar privilegiado e outros em desigualdade. Assim, o imposto de renda não está de acordo com a Justiça Social que o Direito Tributário tanto resguarda.



Em verdade, se o Fisco concluir que somente pode onerar até onde as forças do contribuinte podem suportar, o imposto de renda terá eficácia e trará a justiça social.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. A retenção do Imposto de Renda nos casos de rendimentos pagos, acumuladamente e em atraso, em cumprimento de decisão judicial. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 46, p. 4-10, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1099/1282>>. Acesso em 18 abril. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código Tributário Nacional. In: **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 02 abr. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 3.000/99, de 26 de Março de 1.999**. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3000.htm>. Acesso em: 21 nov. 2011.

BRASIL. **Lei nº 7.713/88, de 22 de Dezembro de 1.988**. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7713.htm>. Acesso em: 21 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1069718/MG**. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux, DJe 25/05/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801390050&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 641531/SC**. Segunda Turama. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, DJe 21/11/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400186983&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Arguição de Inconstitucionalidade nº. 2002.72.05.000434-0/SC**. Relator: Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira, julgado em 22/10/2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=200272050004340&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspares=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefld=&txtPalavraGerada>. Acesso em: 21 nov. 2011.

LEMKE, Gisele. Imposto de renda: **Os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica**. São Paulo: Dialética, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. Imposto de renda na fonte e rendimentos mensais acumulados. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MAGALHÃES, Marcelo. **Imposto**



sobre a renda e proventos de qualquer natureza: questões pontuais do curso da APET. São Paulo: MP, 2006.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Breves considerações sobre a capacidade contributiva e a isonomia. In: SCHOUERI, Luiz Eduardo (coord.). **Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 1.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 4.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 4.



AS REDES DE GESTÃO LOCAL PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA: UM OLHAR SOBRE O AGIR COMUNICATIVO

Marli M. M. da Costa¹

Daniela Richter²

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, tem-se a destacar que o desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação, ocorrido nos últimos anos do século XX produziu uma série de mudanças nas formas de relacionamento interpessoais. Dessa forma, como todo tema novo e relevante, este crescimento traz o incitamento do debate dos limites e o alcance para sua concretização e proteção.

É nesse sentido que o presente artigo busca discutir e demonstrar a necessidade de elaboração de políticas públicas preventivas à proteção da infância no âmbito local, pois a violação aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes passou a ser uma constante. Há, portanto, a necessidade de reconhecimento e de discussão da possibilidade do entrelaçamento dos atores sociais no âmbito municipal de maneira preventiva e, não apenas, em suas consequências, e de analisar-se o papel do Estado, da família e da sociedade na concretização dos direitos fundamentais.

O presente artigo será realizado utilizando-se o método dedutivo. Para tanto, abordar-se-á, inicialmente, um contexto descritivo do direito da criança e do adolescente como novo direito e o papel da Doutrina da Proteção Integral.

Após será demonstrada a importância do princípio da solidariedade e, nesse sentido, discorrer-se-á sobre os mecanismos de ativação de consciência popular, a fim de se mobilizar o Estado e seus partícipes para a criação de legislações e políticas

1 Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com Bolsa Capes. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, professora da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Professora da Graduação em Direito na FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa, Coordenadora do Grupo de Estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” da UNISC. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar – CRP n. 07/08955, autora de livros e artigos em revistas especializadas. Coordenadora do Projeto de Extensão financiado pelo PAPERDS, “O brincar e a construção da cidadania nas escolas”. Integrante do projeto CNPq (PUC/RS) Relações de Gênero e Sistema Penal: violência e conflitualidade nos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Subcoordenadora do Projeto de Implementação do CIEPP – Centro Integrado de Políticas Públicas na Universidade de Santa Cruz do Sul –RS – com verba do FINEP. Coordenadora do Projeto “O Direito de proteção contra a exploração do Trabalho Infantil e as Políticas Públicas de Saúde no Brasil”, em parceria com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o Instituto Ócio Criativo.

2 Advogada, Professora de Direito Civil, Constitucional e de Direito da Criança e do Adolescente da UNISC e do Centro Universitário Franciscano-UNIFRA, Especialista em Direito Constitucional, Mestre em Direito, integrante do grupo de pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas da UNISC e do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, do Curso de Direito da UNIFRA. Pesquisadora colaboradora no Projeto de pesquisa intitulada O Cyberbullying no Brasil: análise do tema sob a teoria da proteção integral, realizada na UNIFRA, com apoio financeiro do CNPq. Endereço eletrônico: danielarichter@ibest.com.br



públicas de prevenção aos infantes. Ademais, tratar-se-á de um exemplo prático de concretização da proteção integral, qual seja: o PIM (Programa Infância Melhor)

Diante desse quadro, nasce a necessidade de se superar a alienação social, a indiferença, a apatia e o desinteresse dos indivíduos na gestão de políticas públicas, encontrando meios de integração que fomentem a corresponsabilidade, a confiança e o respeito entre os cidadãos, a fim de que possam participar ativamente na resolução dos conflitos sociais e na administração de seus interesses. Dessa forma, torna-se indispensável o fortalecimento dos laços sociais, com o desenvolvimento de uma consciência que preze pela lógica da solidariedade e do consenso normativo em relação a questões básicas, encontrando alternativas de participação, mais abrangentes, de conteúdo mais deliberativo e comunicacional.

Para tanto, utilizar-se-á a abordagem de Jürgen Habermas com o mundo da vida, o discurso, o consenso, a sua ação comunicativa, como contributos essenciais para interpretar a dicotomia de posições ou conflitos que se concentram no interior da esfera pública, a fim de se buscar alternativas para prevenção de violências às crianças e aos adolescentes.

2 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO NOVO DIREITO: UM OLHAR SOBRE A PROTEÇÃO INTEGRAL

Inicialmente, tem-se a afirmar que o Direito da Criança e do Adolescente é considerado um direito novo, visto que esses foi assegurado, como categoria jurídica, no final dos anos oitenta. Antes disso, a situação da criança era de total descaso por parte da legislação.

A Constituição Federal de 1988 veio ao encontro dos direitos dos infantes, quebrando paradigmas. Essa trouxe a Doutrina de Proteção Integral ao menor de idade, transferindo a responsabilidade aos pais, à sociedade e ao Estado, segundo o artigo 227 do mesmo diploma legal. Igualmente, estabeleceu regras de proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, e de punição aos abusos sofridos, à violência e à exploração sexual.

Para a concretização desses direitos adquiridos pelos infantes fez-se necessária a criação da Lei Ordinária, momento em que surge o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei 8.069/1990, que reitera tal proteção em todo seu texto, em especial no art. 4º. O ECA abrange diversos campos do direito, bem como institui novos ilícitos penais.

A proteção especial a crianças e adolescentes se dá devido ao fato já sabido de que esses se encontram em posição peculiar de desenvolvimento e, portanto, são mais vulneráveis do que os adultos e, em razão disso, a Doutrina de Proteção Integral, inaugurada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, em 1989, que declara que todas as crianças possuem características específicas, devido à condição de desenvolvimento em que se encontram, e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado, como dito³.

3 PEREIRA, Tânia da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: Um debate Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 21.



Assim, tal doutrina tem por objetivo que cada criança nascida no Brasil possa ter assegurado seu desenvolvimento tanto físico, quanto mental e intelectual. A aplicação dessa premissa tende a garantir que nenhuma criança e/ou adolescente tenha sua vida tolhida pela falta de proteção, pois, caso seus pais sejam omissos, é dever do Estado e da sociedade garantir que esses indivíduos tenham a possibilidade de desenvolvimento.

Por certo esse é um direito novo e em razão disso deve ser divulgado a toda a sociedade e não apenas conhecido por entidades de proteção à criança ou por estudantes de direito. Deve, pois, ser estudado por todos a fim de que se torne realidade para todos os infantes.

Feito isso, passa-se ao desdobramento do tema proposto, qual seja: a questão da necessidade de políticas públicas de prevenção à violência no âmbito local. Antes disso, contudo, uma descrição da solidariedade.

3 A RECONSTRUÇÃO DA SOLIDARIEDADE NO ESPAÇO PÚBLICO

Como dito, as crianças são sujeitos de direitos e merecem a devida atenção do Estado e dos demais atores sociais que estão inseridos no espaço local. Observe que a realidade brasileira reporta para índices assustadores e de descaso social com esses pequenos seres vivos em desenvolvimento e formação. Tal abandono se dá nas mais diversas áreas, enfatizando-se a área da educação e da saúde pública. Os dados retratam que

Dos 3,2 milhões de crianças que completam 1 ano de idade, 370 mil não possuem registro de nascimento (2005), e, portanto, veem negado seu direito a uma identidade. Dos 11 milhões de crianças menores de 3 anos, quase 90% não frequentam creches. Na faixa etária de 4 a 6 anos, apenas 55% frequentam a pré-escola. Mais de 70% das crianças pobres nunca foram à escola durante a primeira infância. A desnutrição entre crianças menores de 1 ano diminuiu em mais de 60% nos últimos cinco anos, mas ainda 100 mil crianças com menos de 1 ano são desnutridas⁴.

Portanto, os fatores podem ser os mais diversos e estão vinculados à necessidade básica de alimentação e moradia⁵. Como assevera Rosa, o caráter das necessidades antecede ao direito na sua essência, o que não necessariamente garante as suas realizações ou as satisfações⁶.

Diante de tal conjuntura, torna-se fundamental reconstruir o tecido social em rede pelo meio da inserção do princípio da solidariedade no espaço público, a partir de uma redefinição do papel da sociedade e das demais instituições como: a família,

4 Prioridades do UNICEF para seu Programa de Cooperação com o Brasil para o período de 2007 a 2011. Disponível em: < <http://www.unicef.org.br/> > Acesso em: 04 nov.2007.

5 DA ROSA, Enéias Agnes Heller. Necessidades, justiça e direitos humanos. In: CARBONI. Paulo César. (Org.). *Sentido filosófico dos Direitos Humanos*. Leituras do pensamento contemporâneo. Passo Fundo: IFIBE, 2006, p.160.

6 DA ROSA, *ibidem*, p.162.



a escola, o Judiciário, o Estado e a própria sociedade civil, tendo por objetivo maior consolidar a gestão social como processo solidário de mecanismos de integração e cooperação social⁷.

Ao partir dessa premissa, vale ressaltar que o espaço público, aqui, será representado pelo município e, diante disso, cabe a cada um refletir a respeito do tipo de democracia e de cidadania que está implícita nas relações entre os sujeitos e o local onde vivem.

Nesse sentido, esclarece Freitag que os requisitos primordiais, para que uma cidade se desenvolva e preserve as formas de cidadania com o caráter democrático, estão vinculados com o compromisso de seus habitantes em cumprirem e assegurarem as normas jurídicas no Estado de Direito. Ademais, pode-se enfatizar o modelo de democracia deliberativa, esboçado por Habermas, que implica a aceitação e a defesa dos princípios básicos da democracia propriamente dita⁸. Além disso, a conexão de cada indivíduo dentro do espaço se dá efetivamente pela democracia, sem a qual ficará inviável redirecionar discussões políticas de natureza prioritária, que atendam às necessidades humanas e básicas das crianças e dos adolescentes.

Por sua vez, a busca pela solidariedade se desenvolve em espaços públicos e de natureza democrática, podendo-se reconhecer daí uma comunidade efetivamente moral. Frise-se: moral, não no sentido de dever-ser, como justo ou injusto, e sim se voltando para o sentido de justiça que emerge do agir do indivíduo que abandona suas perspectivas egocêntricas, à medida que percebe a necessidade de cumprir tarefas com o outro. Significa, com isso, reconhecer no estranho a sua diversidade e importância para se viver de maneira cooperativa e comunicativa. Desse modo, se conclama e se identifica a relevância da responsabilização solidária como ícone de inclusão no espaço público e local.

Habermas explica nessa conjuntura que:

O mesmo respeito para todos e *cada um* não se estende àqueles que são congêneres, mas à pessoa do outro ou dos outros em sua alteridade. A responsabilização solidária pelo outro como *um* dos nossos se refere ao “nós” flexível numa comunidade que resiste a tudo o que é substancial e que amplia constantemente suas fronteiras porosas. Essa comunidade moral se constitui exclusivamente pela ideia negativa da abolição da discriminação e do sofrimento, assim como da inclusão dos marginalizados-e de cada marginalizado em particular-, em uma relação de deferência mútua. Essa comunidade projetada de modo construtivo não é um coletivo que obriga seus membros uniformizados à afirmação da índole própria de cada um. Inclusão não significa aqui confinamento dentro do próprio e fechamento diante do alheio. Antes, a “inclusão do outro” significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos - também e justamente àqueles que são estranhos um ao outro - e querem

7 VERONESE, Josiane Petry; COSTA, Marli M.M. da. *Violência doméstica: quando a vítima é a criança ou o adolescente* – uma leitura interdisciplinar. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 186.

8 Notícia fornecida por Bárbara Freitag na Conferência Mundial sobre o desenvolvimento de cidades (de 13 a 16 de fevereiro de 2008 em Porto Alegre/RS). (informação verbal).



continuar sendo estranhos.⁹

Observe-se que a comunidade como local de compartilhamento comum e de inúmeras diversidades, como entende Bauman, na concepção Habermasiana deve dispor de suas fronteiras abertas e acessíveis àquele que nela desejar se incluir e continuar espontaneamente sendo estranho.

Portanto, pode-se citar, exemplificativamente, a questão trazida pela globalização, a relação de consumo criada pelo mercado que rompe e desestabiliza espaços locais de tal forma que aproxima outras localidades pelo motivo de desmoroamento de suas fronteiras e a padronização de costumes, da cultura ou do tipo de educação que será construída, o que ocasiona certa dicotomia entre o perto e o distante, o incluído e o excluído. Tais paradoxos contemplam negativamente o *habitat* dos homens, levando a se refletir a respeito da utopia social enquanto esperança ou ideário de transformação da sociedade. Por isso, da necessidade de se reordenar os espaços, rompendo com a visão simplista de abertura e de sua unificação como pressuposto da reprodução social¹⁰.

Para Farias:

Na medida em que a construção do espaço público implica a existência de uma referência de *solidariedade* entre os atores sociais, tendo a considerar o *espaço público*, essencialmente, como um *espaço de solidariedade*. Por outro lado, devemos também procurar pensar o *espaço da solidariedade* como um *espaço de diversidade*. O *espaço da solidariedade* deve garantir a unidade incorporando a diversidade. Unidade e diversidade devem coexistir na *lógica da solidariedade*¹¹.

Apesar de o espaço público ser uno e diverso, demonstrando que existe complexidade, pois assim como os indivíduos não são iguais, as comunidades também são diferentes umas das outras, torna-se necessária a adoção de um pensamento complexo que contribua para a reconstrução da solidariedade, assim como no resgate de comunidades¹² que precisam ser respeitadas pelas suas peculiaridades.

Segundo Morin:

[...] A reconstrução da solidariedade pressupõe articular o sistema com o “mundo da vida”, incorporando os aspectos espontâneos

9 HABERMAS, Jürgen . A inclusão do outro: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 7-8.

10 DOWBOR, Ladislau. Da globalização ao poder local: a nova hierarquia dos espaços. Disponível em: < <http://dowbor.org/5espaco.asp>>. Acesso em: 15 jun. 2007.

11 FARIAS, José Fernando de Castro. Espaço Público e reconstrução da solidariedade. Disponível em: <http://rolim.com.br/2006/index.php?option=com_content&task=view&id=494&Itemid=12> Acesso em: 20 dez.2007.

12 BAUMAN, Zigmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p.09 : [...] “comunidade” é o tipo de mundo que não está lamentavelmente, a nosso alcance – mas no qual gostaríamos de viver e esperamos vir a possuir. Raymond Williams, atento analista de nossa condição comum, observou de modo cáustico que o que é notável sobre a comunidade é que “ela sempre foi”. Podemos acrescentar: que ela sempre esteve no futuro. “Comunidade” é nos dias de hoje outro nome de paraíso perdido – mas a que esperamos ansiosamente retornar, e assim buscamos febrilmente os caminhos que podem levar-nos até lá.



das relações interpessoais, dos laços de afetividade que constituem o “estar-junto antropológico”, vistos como elementos importantes das formas de solidariedade. As relações de amor e de amizade, por exemplo, têm a capacidade de combinar o Id e o Eu, permitindo combinar o desejo e a empatia, sem identificar um ao outro. Na relação amorosa ou amigável, o sujeito se afirma porque reconhece o outro como sujeito.¹³

Nesse sentido, a reconstrução da solidariedade deve ser explorada e articulada entre os atores sociais, para que como princípio constitucional juntamente com o princípio da cidadania não continue a desempenhar uma mera função simbólica. Associada a essa ideia, está também a de reconstrução do sujeito enquanto ator social, pois se entende por ator social o sujeito liberto que concebe a si mesmo a possibilidade de agir comunicativamente, e com isso transformando o seu entorno social. “Portanto, uma das condições da democracia é a reconstrução do sujeito como *ator social*”¹⁴. Como bem esclarece Baracho:

A cidadania ativa é pressuposto básico para a efetivação do princípio da subsidiariedade. Na sua efetivação, as instâncias privadas precisam trabalhar para a coletividade, pelo que devem realizar tarefas de interesse geral, operando-se de modo e por razões conjugadas. A solidariedade é necessária, sendo que a própria participação do Estado ocorrerá para a efetivação da solidariedade entre os componentes da sociedade¹⁵.

Observe-se que sem o exercício da cidadania não há viabilidade de se operar dentro do espaço público a solidariedade nas políticas públicas direcionadas à infância. Do mesmo modo, faz-se necessário reconhecer o papel do município como ator de mobilizações sociais. A própria Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem no seu corpo o reconhecimento do município como fomentador de políticas públicas.

Para reforçar tal normativa constitucional, o ECA em seu artigo 86 faz referência sobre a política de atendimento mencionando a articulação conjunta de ações em rede que deverão ser desenvolvidas pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Logo, pode-se também frisar que o Estado tem por tarefa principal estabelecer como garantia final, o cumprimento do bem comum e da solidariedade¹⁶.

Como explica Ladislau:

Esta rearticulação passa por uma redefinição da cidadania, e em particular por uma redefinição das instituições para que os espaços participativos coincidam com as instâncias de decisões significativas. As hierarquizações tradicionais dos espaços já são insuficientes, ou

13 MORIN, Edgar. *Meus Demônios*. Tradução de Lemeide Duarte e Clarisse Meireles. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 1997, p.63

14 FARIAS, op cit.

15 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade*. Conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.64.

16 BARACHO, ibidem, p. 65.



inadequadas, precisamos de muito mais democracia, de uma visão mais horizontal e interconectada da estrutura social¹⁷.

Pode-se considerar que a rede de políticas públicas sociais constituídas por atores como a família, a escola, a comunidade, o poder público e a sociedade civil, ao admitirem e aplicarem a justiça correlacionada à solidariedade agem no inconsciente dos envolvidos e, certamente, estarão avançando no entendimento mútuo e no discurso pautado pelo consenso que deve preponderar no espaço local.

Nessa lógica, como assevera Farias

A reflexão sobre o espaço público e a reconstrução da solidariedade põem em evidência que, numa sociedade democrática, não há diversidade sem historicidade compartilhada, ou seja, a diversidade não exclui a idéia de um espaço comum, pois é a construção do espaço comum que garante a existência da diversidade, e, inversamente, é a existência da diversidade que garante o espaço comum. Nesse sentido, a solidariedade pressupõe a existência de atores sociais capazes de dar um novo rumo ao processo histórico, de iniciar algo de novo, de realizar o improvável e o imprevisível. A sociedade é um processo complexo, aberto, inacabado, que está em permanente *desconstrução e reconstrução*¹⁸.

Significa dizer que a inserção do princípio da solidariedade na sociedade também como (re)definição dos papéis socioinstitucionais dos demais atores sociais, inclusive do Estado, é fundamental para o desenvolvimento social e a concretude de políticas públicas de inclusão social¹⁹.

Em virtude da necessidade de articulação dos atores sociais se mobilizarem no respectivo espaço público e local, é que experiências inovadoras e de valia estão sendo desenvolvidas no Estado do Rio Grande do Sul, direcionando as devidas atenções de políticas de proteção aos municípios. Cite-se aqui o programa para uma Infância Melhor - PIM.

4 O PROGRAMA PARA UMA INFÂNCIA MELHOR COMO POLÍTICA DE PROTEÇÃO

Inicialmente cumpre destacar que discutir a respeito de políticas públicas não é algo estanque e de fácil conceituação. Diversos estudiosos da área estão discutindo e elaborando ideias que facilitem um melhor entendimento e clareza do que realmente essa terminologia quer dizer, para que não se torne mais uma entre tantos outros conceitos de emprego generalizado.

Note-se que os estudos a respeito de políticas públicas são bastante recentes, existindo apenas abordagens contextualizadas e geralmente limitadas a determinado período, assim como carecem de embasamento teórico para se chegar a um ponto

17 DOWBOR. *ibidem*.

18 FARIAS, *ibidem*.

19 VERONESE & COSTA, *ibidem*, p. 186.



específico e os resultados estudados e adquiridos ²⁰.

Nas palavras de Dallari:

As políticas públicas funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. Segundo uma definição estipulativa: toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular. Os elementos das políticas públicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para realização das metas e, finalmente, os processos de sua realização²¹.

Dito de maneira concisa entende-se por políticas públicas as ações conjuntas e articuladas que envolvem os atores sociais para o enfrentamento de demandas sociais no espaço local, como o caso de priorizar o atendimento a crianças vítimas de violência intrafamiliar, como também desenvolver a educação e saúde na primeira infância. Nesse contexto é que foi elaborado o programa para uma Infância Melhor.

Como explicam Schneider e Ramires:

O Programa Primeira Infância Melhor (PIM) foi produto desse entendimento. Iniciado em 2003, no governo anterior, foi priorizado e ampliado no governo atual. Sua ampliação se dá também para propiciar a articulação de todas as políticas públicas voltadas para as gestantes e as crianças pequenas, visando a garantir seu desenvolvimento mais adequado e, através deste, uma mudança em direção a uma sociedade mais integrada, menos violenta e mais saudável²².

Em tese, esse programa realizado no município tem por finalidade estimular o desenvolvimento socioemocional e cognitivo dos bebês e das crianças para que possam aprender melhor e mais rápido ao entrar na escola, além da possibilidade de regular de maneira mais adequada seus sentimentos e comportamentos, para o desempenho qualitativo na vida como sujeitos em formação. Atualmente são mais de 40 mil famílias com mais de 60.000 crianças sendo acompanhadas em casa, semanalmente, pelo PIM, em 217 municípios do Rio Grande do Sul, e se objetiva nos próximos três anos multiplicar os casos de atendimento²³.

Na prática os agentes de saúde ou profissionais qualificados visitam as famílias e desenvolvem por determinado período atividades lúdico-pedagógicas. Com isso, fundamental o sentido de educação, nas palavras de Muller:

20 FREY, Klaus. *Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes a prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/pub/ppp>>. Acesso em: 10 ago. 2007.

21 BUCCI, *ibidem*.

22 SCHNEIDER, Alessandra; RAMIRES, Regina. *Primeira Infância Melhor: uma inovação em política pública*. UNESCO, Secretaria do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, 2007, p.09.

23 SCHNEIDER, *ibidem*, p.09.



Em termos etimológicos, a palavra “infante” significa aquele que “não fala” (do latim *infans, infantis*, um composto do prefixo negativo *in* e do particípio presente do verbo *fari*, “falar”). Educar uma criança pequena significa ensiná-la a falar, não tanto ensinando a língua-mãe, mas ensinando-a a falar com os outros. A fala é o fundamento e a estrutura da socialização, e está caracterizada pela renúncia à violência²⁴.

A educação da criança nesse processo significa auxiliá-la, pelo afeto e pela socialização, a desenvolver-se de forma harmônica e saudável, para que, quando adulto, também consiga interagir e se comunicar sem o uso da violência²⁵. Por todos esses aspectos Schneider e Ramires referem que:

O PIM é uma proposta abrangente e profundamente transformadora, que pretendemos levar a todas as famílias gaúchas onde exista uma gestante ou uma criança pequena, atendendo prioritariamente às mais pobres. Também é parte essencial da nossa proposta inovadora dentro de uma política estadual de prevenção da violência. Estudos longitudinais mostram que ao cuidarmos melhor dos nossos bebês estaremos desenvolvendo seres humanos mais afetivos e com maior controle da impulsividade e agressividade. Portanto, tenderão a ser mais pacíficos e sociáveis na vida adulta, além de adquirir uma menor propensão para a dependência de drogas²⁶.

Cabe ressaltar que o PIM é um programa essencialmente voltado à promoção da saúde, além de buscar desenvolver a potencialidade escolar na primeira infância, principalmente nas famílias mais pobres, com a premissa de romper com o ciclo de transmissão intergeracional da pobreza e/ou da violência estrutural. A implantação dessa política pública no Estado se deve pelo apoio de entidades internacionais, em especial da UNESCO, que viabilizou o acesso às informações e a experiências internacionais de destaque a respeito de tal proposta inovadora²⁷.

Nos dizeres de Muller:

A ação preventiva – que é missão da UNESCO promover por intermédio de educação, ciência e cultura – ainda está longe de se mostrar enraizada na mente das pessoas e encontrar expressão concreta. Muitos consideram a substituição da cultura da guerra por culturas da paz um ideal utópico. No entanto, é notório que a violência, alimentada pela ignorância, frequentemente nasce da rejeição do outro e do medo, ódio até, das diferenças. Ela instiga indivíduos, grupos e culturas uns contra os outros, levando ao isolamento e à

24 MULLER, Jean - Marie. *Não violência na educação*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2006, p.20.

25 BRUTSCHER, Volmir José. Paulo Freire. Direitos humanos, história e liberdade. In: CARBONI, Paulo César. (Org.). *Sentido filosófico dos Direitos Humanos*. Leituras do pensamento contemporâneo. Passo Fundo: IFIBE, 2006, p.121.

26 SCHNEIDER, op cit.

27 SCHNEIDER, ibidem.



crescente agressão. Por outro lado, uma consciência saudável e equilibrada da condição de alteridade só pode ser alcançada por meio do diálogo pacífico. Portanto, a educação é fundamental para a construção da paz. Educação para a paz, os direitos humanos e a democracia são inseparáveis de um estilo de ensino que transmita aos jovens, e aos não tão jovens, atitudes de diálogo e não violência; em outras palavras, os valores de tolerância, abertura para o outro e partilha²⁸.

Nesse contexto, os direitos fundamentais à infância estão consolidados no art. 227 da Constituição, reconhecendo que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar, com prioridade absoluta, a educação, o lazer, a profissionalização, a cultura, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, bem como proteger os infantes de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão²⁹.

Nesse aspecto, “importa salientar que, na educação da primeira infância, instaura-se concretamente a possibilidade de assegurar a todas as crianças e jovens itinerários educacionais de sucesso”³⁰. Concomitante a isso está o papel fundamental de se ter uma política educacional também direcionada para o princípio da não violência, que o filósofo Karl Popper pontua como um viés construtivo e transformador

Civilizar, segundo o filósofo Karl Popper, consiste essencialmente em reduzir a violência. Na visão de Popper, esse deve ser o principal objetivo da democracia. A liberdade individual só pode ser garantida na sociedade quando todos os seus membros abrem mão do uso da violência; o estado de direito requer a não violência, que é um de seus elementos essenciais³¹.

Por conseguinte, o processo de transformação na sociedade, que envolve os demais atores sociais, se dá pela educação. Porém, a mesma precisa estar livre da instrumentalidade de uma minoria que se utiliza da mesma, para reproduzir desigualdades sociais e despersonalizar os sujeitos. Nesse sentido, passa-se a discorrer na sequência sobre o agir comunicativo de Habermas.

5 AS PERSPECTIVAS E TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS A PARTIR DO AGIR COMUNICATIVO ENTRE OS ATORES SOCIAIS

O filósofo alemão Jürgen Habermas, ao adotar a Teoria da Ação Comunicativa, teve por premissa maior desenvolver mecanismos que possibilitassem a melhor compreensão da sociedade. Partiu da análise da estrutura da psicogênese

28 MULLER, *ibidem*, p.9-10.

29 PEREIRA, *ibidem*, 14.

30 SCHNEIDER, *op cit*.

31 MULLER, *ibidem*, p. 12-13.



desenvolvida por Piaget e Kohlberg³², o que possibilitou a construção da teoria da Ação Comunicativa.

Nesse sentido, em um primeiro momento distinguiu as ações sociais que emergem da linguagem no contexto da comunicação. Vale frisar que para identificar ou fomentar a solidariedade entre os atores sociais é preciso distinguir essas ações, pelo menos as duas principais, ou seja, a ação instrumental e a ação comunicativa³³.

Com relação à primeira, o agir estratégico volta-se para o interesse próprio, percebendo-se que o sujeito ou a própria sociedade se encontram em um estágio convencional preso na perspectiva egocêntrica, de não notar o outro como um indivíduo, mesmo que estranho, não possibilitando o direito de ser incluído e se sentir pertencendo ao mesmo espaço público. Já a outra ação, a comunicativa, preceitua basicamente a habilidade de se agir³⁴ e construir estratégias como as políticas de proteção à infância, que são direcionadas ao interesse mútuo, ou seja, a bem da coletividade.

Ao contrário, quando se busca mapear a realidade da infância brasileira, se percebe claramente o descaso com as crianças, bem como com as políticas direcionadas às mesmas além do abandono material que se caracteriza com a vulnerabilidade social em que se encontram suas famílias. Diante disso, fica evidente a ação não social e instrumental referida por Habermas e a distorção que isso causa na comunicação dentro do espaço público. Significa dizer que não está existindo entendimento mútuo entre os atores sociais e que a linguagem da não violência está ausente.

Ao se propor uma contextualização a respeito do agir comunicativo nas políticas de proteção aos infantes, seja do Estado, seja da comunidade e dos demais atores sociais, está se buscando ou tentando responder essa entre tantas questões que envolvem a moralidade: “Como devo agir?”³⁵, salientando que a ética discursiva de Habermas diz não como agir, mas somente como justificar racionalmente, dialogicamente os pontos de vista, considerando os argumentos de todos os envolvidos no discurso³⁶. Como explica Freitag:

A questão da moralidade em Habermas insere-se, pois, no corpo de sua teoria da ação comunicativa. Enquanto “questão”, ela é elaborada e repensada no contexto do discurso prático. Se, para Kant, o critério último da moralidade se condensava no “imperativo categórico”, para Habermas ele se radica no “processo argumentativo”, desencadeado pelo discurso prático. Essa mudança de foco constitui a essência da “ética discursiva”³⁷.

32 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 144.

33 FREITAG, *ibidem*, p.239.

34 SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.66.

35 FREITAG, *ibidem*, p.13.

36 FREITAG, *ibidem*, p. 258.

37 FREITAG, *ibidem*, p.102.



Para compreender melhor as implicações da teoria moral de Habermas, de imediato a reflexão a respeito da tragédia de Antígona é abordada por Freitag³⁸ vinculando os conflitos vivenciados pelos personagens com os estágios de Kohlberg³⁹.

Segundo Kohlberg, no nível A ou nível Pré-Convencional (estágio 1. O Estágio do Castigo e da obediência) faz a seguinte menção: o direito é a obediência literal às regras e à autoridade, evitar o castigo e não fazer o mal físico. Nesse estágio o que é direito é evitar infringir as regras, obedecer por obedecer e evitar causar danos físicos às pessoas e propriedades. Ademais, as razões para fazer o que é direito são o desejo de evitar o castigo e o poder superior das autoridades⁴⁰. Identifica-se aqui, nesse estágio, o guarda que anuncia a Creonte o sepultamento de Polinice, realizado por Antígona, contra as ordens do tirano de Tebas. O medo de ser castigado determina o seu comportamento de subserviência ao poder do tirano⁴¹.

O Estágio 2 do referido nível refere-se ao objetivo instrumental individual e da troca. Assim, num primeiro momento o que é direito é seguir as regras quando de interesse individual e imediato. Logo, o direito é agir para satisfazer aos interesses e às necessidades individuais, deixando que os outros façam o mesmo. Além disso, o direito é equitativo, por viabilizar uma troca igual, transação e um acordo. E num segundo momento a razão para fazer o que é direito é servir às necessidades e aos interesses individuais ou próprios em um mundo em que se faz necessário

38 FREITAG, Barbara. *Itinerários de Antígona: A questão da moralidade*. Campinas, São Paulo: Papyrus, 1992, 22. Do casamento incestuoso de Édipo com sua mãe, Jocasta, haviam nascido quatro filhos: Polinice, Etéocles, Ismena e Antígona. Creonte, irmão de Jocasta, e portanto tio de Antígona, havia usurpado o trono de Tebas. Polinice contesta pelas armas a legitimidade do novo tirano de Tebas, que é apoiado por Etéocles. No combate às portas de Tebas, os irmãos caem no campo de batalha, um ferido pela mão do outro. Creonte decide distinguir Etéocles como herói da cidade, homenageando-o com os funerais de um guerreiro que morrera defendendo Tebas, e castigar Polinice como traidor, negando-lhe os funerais tradicionais. Decreta ainda a pena de morte contra aquele que ousasse enterrar Polinice, para assegurar-lhe a vida eterna nos Campos Elíseos. Dessa forma, Creonte cria um conflito existencial para as irmãs de Polinice – Antígona e Ismena-, que segundo a tradição grega devem enterrar os seus mortos segundo um certo ritual. Ambas enfrentam de diferentes maneiras o conflito entre a lei dos *oikos*, ou dos deuses, e a lei da polis, ou dos homens: Antígona obedece à primeira lei; Ismena, à segunda. Seguindo a voz de sua consciência e fazendo valer a lei da família (*oikós*), Antígona decide enterrar Polinice, contrariando as ordens do tirano. Creonte castiga-a de morte, mandando enterrá-la viva, em nome da lei da polis ou dos homens. Hêmon, filho de Creonte e noivo de Antígona, decide suicidar-se diante do túmulo da noiva, o que por sua vez leva Eurídice, mãe do rapaz e esposa de Creonte, a suicidar-se. Sobrevivem Creonte e Ismena. Esta não tivera a coragem de ajudar Antígona a enterrar o irmão Polinice, mas defende Antígona diante de Creonte, depois do ato consumado. Corre, assim, o risco de sofrer o mesmo destino de sua irmã. Creonte, interpelado pelo coro (os anciãos de Tebas), pelo corifeu (seu porta-voz) e por Tirésias (o filósofo sábio e cego, chamado “o Divino”), tenta revogar sua decisão, perdendo a pena. Tarde demais, contudo; as três mortes já estavam consumadas.

39 TARDELI, Denise D' Áurea. Preceitos e princípios. O olhar adolescente. Os incríveis anos de transição para a idade adulta. Viver mente e cérebro. V.4, p.23-29, 2007, p. 27. Kohlberg iniciou suas investigações redefinindo os níveis e estágios estabelecidos por Dewey e Piaget [...]. Ainda que sua práxis tenha sempre se centrado no contexto moral, com o tempo foi dirigindo seu interesse para a teoria do juízo moral, exclusivamente. Sua hipótese fundamental é a de que existe uma sequência invariável de estágios que se integram de forma hierárquica uns com os outros, independente do modelo cultural, pois correspondem à interação da atividade estruturante do sujeito com o meio.

40 HABERMAS, Jürgen, *ibidem*, 1989.p. 152.

41 FREITAG, *ibidem*, p 128.



reconhecimento de que as demais pessoas também têm interesses⁴².

O nível B, nível convencional constituído pelo Estágio 3, ou o estágio das expectativas interpessoais mútuas, dos relacionamentos e da conformidade, reza no seu conteúdo que o direito é desempenhar o papel de uma pessoa boa (amável), assim como preocupar-se com as outras pessoas e com seus sentimentos, manter-se leal e mantenedor da confiança dos parceiros. E, por fim, estar motivado a seguir regras e expectativas. Em outras palavras, o que é direito nesse nível é corresponder às expectativas das pessoas que não são próximas ou é aquilo que se espera quando se está no papel de filho, irmão, pai, amigos entre outros. O significado aqui de “ser bom” é relevante, pois tem um sentido abrangente como: ter bons motivos, mostrar solicitude com os outros, preservar os relacionamentos mútuos, manter a confiança, a lealdade, o respeito e a gratidão.

Destaca-se ainda que as razões para fazer o que é direito dizem respeito a ter a necessidade de ser bom, no sentido de ver-se assim e também assim ser visto pelos outros. Diga-se de passagem, aqui está a Regra de ouro, de colocar-se no lugar do outro, assim é possível querer um bom comportamento de si próprio⁴³. Já Ismena, a irmã de Antígona, teria atingido esse estágio, pois “agir bem significa para ela agradar aos outros, ou seja, comportar-se bem significa ser estimada pelos outros”. Reconhece-se, aqui, o comportamento estereotipado⁴⁴.

O Estágio 4 ou estágio da preservação do sistema social e da consciência traz como conteúdo o seguinte ponto: “o direito é fazer o seu dever na sociedade, apoiar a ordem social e manter o bem-estar da sociedade ou do grupo”⁴⁵. Portanto, o que é direito é cumprir os deveres acordados; por sua vez, as leis devem ser apoiadas, salvo em situações extremas em que entram em conflito com outros deveres e direitos sociais estabelecidos. Aliás, o direito também contribui para a sociedade, o grupo ou a instituição⁴⁶.

Freitag explica que:

Creonte, o tirano de Tebas, tio de Antígona, representa, na avaliação de Kohlberg, o protótipo do estágio 4. [...] Agir corretamente significa cumprir seu dever, mostrando respeito pela autoridade e mantendo a ordem social estabelecida, para a própria segurança. Mas Kohlberg admite que o herói da peça aprende a sua lição, em decorrência do sofrimento que suas próprias decisões lhe causaram (a morte do filho, Hêmon, e da mulher, Eurídice). O aprendizado de Creonte resulta na redefinição do seu conceito de justiça (punitiva) para um conceito pós-convencional de justiça. No final da peça, Creonte ascende ao nível da moralidade pós-convencional⁴⁷.

Por sua vez, as razões para fazer o que é direito giram na preocupação de manter

42 HABERMAS, op cit.

43 HABERMAS, 1989, ibidem, p. 152.

44 FREITAG, ibidem, p. 228.

45 HABERMAS, op.cit.

46 HABERMAS, op cit.

47 FREITAG, ibidem, p.228.



o funcionamento da instituição, o autor-respeito ou consciência compreendida como o cumprimento das obrigações, de tal forma a observância de suas consequências, por isso a seguinte expressão que Habermas utiliza para sintetizar tudo isso: “E se todos fizessem o mesmo?”⁴⁸

Além disso, Antígona pertence ao mesmo estágio 4 do nível convencional⁴⁹:

[...] A moralidade de Antígona, diz Kohlberg, “ é a moralidade da lealdade com as relações de parentesco. (...) A natureza dessa moralidade é não a consciência mas o respeito pela autoridade e à sanção divina. As normas da moralidade não são princípios universais de justiça humana e bem-estar mas respeito pelos mortos, expresso na manutenção de regras do estágio 4, voltada para a ordem divina em lugar da ordem cívica” (cf. Kohlberg, 1973, p.386). A tragédia pessoal de Antígona consiste em que a sua condenação prematura à morte não lhe dá oportunidade de fazer seu aprendizado, evoluir de sua moralidade convencional para uma moralidade pós-convencional. Mas a sua desgraça serve de lição ao público espectador, que pela catarse poderá fazer seu próprio aprendizado⁵⁰.

No nível C ou nível Pós-Convencional, baseado em princípios, as decisões morais são geradas a partir de direitos, valores ou princípios com que concordam ou podem concordar todas as pessoas que compõem ou criam uma sociedade destinada a ter práticas leais benéficas⁵¹.

No Estágio 5 ou denominado Estágio dos Direitos Originários e do Contrato Social ou da Utilidade, o direito é sustentar os direitos, valores e contratos legais básicos de uma sociedade, mesmo quando entram em conflito com as regras e leis concretas do grupo⁵².

Nesse estágio as pessoas definem o direito como a consciência de que mesmo com uma variedade de valores, opiniões e regras essas devem ser relativas e no geral devem ser pautadas na imparcialidade, pois é o contrato social. No entanto, alguns valores não relativos, como a vida e a liberdade, devem ser apoiados em qualquer sociedade independente da opinião da maioria. Ademais, as razões para fazer o que é direito resumidamente assentam-se na obrigação individual de obediência à lei, devido ao contrato social que tem a ver com os próprios direitos e com os direitos dos outros. Salienta-se, ainda, que as obrigações familiares, de amizade, confiança e trabalho também são contratos assumidos livremente; logo, dizem respeito ao respeito pelos direitos dos outros. Portanto, importa que as leis e deveres sejam baseados na observância do cálculo racional de utilidade geral: “ O maior bem para o maior número”⁵³.

O Estágio 6 ou estágio de Princípios Ético Universais presume a orientação por

48 HABERMAS, ibidem.

49 FREITAG, ibidem.

50 FREITAG, ibidem, p., 229.

51 HABERMAS, ibidem, p. 152.

52 HABERMAS, ibidem, p. 153.

53 HABERMAS, ibidem, p. 153.



princípios éticos universais, que toda a humanidade deve seguir⁵⁴. Logo, nos dizeres de Habermas:

1. No que diz respeito ao que é direito, o estágio 6 é guiado por princípios éticos universais. As Leis ou acordos sociais particulares são, em geral, válidos porque se apoiam em tais princípios. Quando as leis violam esses princípios, a gente age de acordo com esses princípios universais de justiça: a igualdade de direitos humanos e o respeito pela dignidade dos seres humanos enquanto indivíduos. Esses não são meramente valores reconhecidos, mas também são princípios usados para gerar decisões particulares. 2. A razão para fazer o que é direito é que a gente, enquanto pessoa racional, percebeu a validade dos princípios e comprometeu-se com eles.⁵⁵

As mudanças de estágio são identificadas como um aprendizado, além disso, para esse autor, o desenvolvimento moral significa que a pessoa em crescimento transforma e diferencia de tal maneira as estruturas cognitivas já disponíveis em cada caso, que ela consegue resolver melhor do que anteriormente a mesma espécie de problemas e, conseqüentemente, compreende o seu próprio desenvolvimento moral como um processo de aprendizagem⁵⁶ e autonomia das leis e normas que orientam a ação do grupo e de agir e julgar conforme um princípio interior ideal⁵⁷.

Para Kant, a condição da moralidade é o sujeito; para Durkheim, é a sociedade, pois a consciência moral do indivíduo é reflexo da consciência coletiva. Dessa sorte, Freitag afirma que: “Sem o sujeito, a moralidade não existe; sem a sociedade, ela não é necessária”⁵⁸. Por sua vez, Habermas tem a ética discursiva como a condição da possibilidade da moralidade⁵⁹.

Nos dizeres de Freitag:

A condição da possibilidade da “ética discursiva” é a *intersubjetividade* - a interação mediatizada pela linguagem. A moralidade de Habermas é *dialógica*, em contraste com a de Kant, monológica. A moralidade habermasiana é negociada no contexto da *Lebenswelt* (mundo vivido) em oposição à heteronomia imposta pelo sistema social de Durkheim; é fruto de uma interação comunicativa que visa à autonomia da espécie, complementando a moralidade piagetiana, em que a autonomia resulta da psicogênese. Se, por um lado, a “ética discursiva” se define no contraste com a teoria da moralidade de Kant, Durkheim e Piaget, ela pode, por outro lado, ser interpretada como um esforço de síntese dessas três teorias: é *Kantiana*, ao aceitar a autonomia e a dignidade do homem como *télos* da moralidade, é *durkheimiana*, quando reconhece a importância do social e é *piagetiana*, quando

54 FREITAG, op cit.

55 HABERMAS, 1989, p. 154.

56 HABERMAS, ibidem.

57 FREITAG, ibidem, p.108.

58 FREITAG, ibidem, p.109.

59 FREITAG, ibidem, p. 23.



admite que os princípios que orientam a ação moral não são inatos, mas objeto de uma construção psicogenética⁶⁰.

Para Habermas, a justiça é moral, mas não no sentido de ser bom ou mau e sim no que diz respeito ao que foi pactuado e legitimado pelo discurso. Portanto, se na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente encontram-se princípios reconhecidos pelos atores sociais é moral e solidário exigir e desenvolver estratégias que concretizem as políticas de proteção à infância.

Como se pode observar, a moral⁶¹ é uma norma de conduta que no discurso prático é fundamentada pelo princípio da universalização, isto é, pelas relações de socialização adotadas e compartilhadas dos indivíduos enquanto membros de uma comunidade. Cada indivíduo exterioriza suas individualidades por ações, mas à medida que se conectam com a de outros indivíduos, sinalizam para as relações intersubjetivas que avançam para o reconhecimento mútuo dentro da comunidade, ou seja, cada um reclama pelo respeito individual. Logo, para que esse processo ocorra dentro do discurso prático em uma determinada comunidade, ter-se-á como mote o princípio de justiça e o princípio da solidariedade. Em outros termos:

Habermas sublinha que a ética discursiva parte da extrema *vulnerabilidade* da *pessoa*, tendo como conteúdo a defesa da integridade e dignidade dessa pessoa. No conteúdo, a ética discursiva permanece, pois, fiel às suas raízes Kantianas, quanto à forma, ela se reorienta pelo enfoque processual mediante o qual esse conteúdo é buscado, reafirmado e consolidado pelo grupo. A ética discursiva articula-se no dois princípios que sempre constituíram o corpo da questão da moralidade: a justiça e a solidariedade.⁶²

Os atores sociais ao reunirem-se e centrarem-se nos pontos peculiares que visam abordar no discurso com essa práxis, ou seja, agindo de acordo com o processo argumentativo e inclusivo de valoração e respeito às diferenças, como a concretude de políticas públicas protetivas à infância, estarão se arguindo de princípios como o da justiça e da solidariedade. Nessa relação contextual de projeções argumentativas com pressupostos ideais de fala a cada interlocutor envolvido no mundo da vida em dicotomia com o mundo dos sistemas, considera que o agir com corresponsabilidade e consciência de que em uma comunidade ideal e local, cada ator tem seu papel e tarefa a desempenhar. Sendo assim, é possível considerar que a justiça e a solidariedade, como princípios autônomos, se complementam e possibilitam construir ocasionalmente a ideia de uma justiça com performance de solidariedade.

Como esclarece Ludwig, nos discursos de fundamentação moral o princípio do discurso assume a forma de princípio de universalização, porque nas questões morais a referência deve ser a humanidade, isto é, o interesse simétrico de todos. Por sua vez, quando se fundamentam questões do direito nos discursos jurídicos, o princípio do discurso transforma-se no princípio da democracia, pois nas questões

60 FREITAG, *ibidem*, p.109-110.

61 HABERMAS, *ibidem*.

62 FREITAG, *op cit*, p.103.



de ordem jurídica o sistema de referência é a comunidade político-jurídica⁶³.

Pauta-se a visão habermasiana que os princípios inscritos no discurso constituem e norteiam os direitos básicos, devendo ser reconhecidos e aceitos pelos cidadãos caso esses queiram utilizar o direito como meio de regulação legítima para a convivência e consenso em sociedade⁶⁴. Em outras palavras, os direitos básicos são inerentes à estrutura do discurso, logo é possível afirmar sob o viés da razão comunicativa que existe uma primordial relação entre discurso, direito e democracia⁶⁵.

Os direitos básicos têm no seu ímpeto as necessidades dos sujeitos, o que, por sua vez, são também identificados como direitos humanos. Tais direitos, antes de adentrarem o mundo jurídico, são valores, também de teor moral. Dito de outra maneira, “Para Habermas, os direitos humanos têm conteúdo moral e, por isso, devem também ser justificados a partir do ponto de vista moral e, nesse caso, se aplicaria o princípio da universalização”⁶⁶.

A proposta desenvolvida por Kohlberg diz respeito ao desenvolvimento da capacidade de julgar, moral que inicia na infância e vai até a fase adulta. Interessa, ainda, lembrar que Habermas defende a ideia que as pessoas adquirem intuições morais através da socialização, pois tais processos se desenvolvem pela ação comunicativa e, logo, essa tem dentro de si o gérmen moral⁶⁷.

No entanto, se a sociedade, além de reconhecer e admitir sua corresponsabilidade com fenômenos excludentes, como a pobreza, a marginalização, a miséria, propõe a concretizar e operacionalizar políticas públicas respaldada nos princípios fundamentais por ela construída e validada no contrato social e sustentada pelo ordenamento jurídico, há de se mencionar o seu ingresso no nível pós-convencional.

Retrata-se que, no contexto social, os estágios se entrelaçam, pois, dependendo do agir do sujeito ou da coletividade frente a determinadas situações, como por exemplo, a banalização da vida, o esquecimento da infância, se constatará, com isso, uma estagnada no processo de evolução e de civilidade que compromete a aprendizagem e a moralidade dos interlocutores do mundo da vida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, os apontamentos prestaram-se a demonstrar um contexto descritivo do direito da criança e do adolescente como novo direito e que, ao mesmo tempo, deve-se tutelar os direitos dos infantes no papel da Doutrina da Proteção Integral, a fim de garantir que os seus direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente sejam efetivamente assegurados como seres em processo peculiar de desenvolvimento.

63 LUDWIG, C. L et al. *Discurso e direito: o consenso e o dissenso*. In: _____. *Direito e discurso discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.55.

64 LUDWIG, C. L et al. *ibidem*, p.45-65.

65 LUDWIG, *ibidem*, p. 58.

66 ROANI, Roberto. Jürgen Habermas. Direitos humanos, soberania do povo e princípio da democracia. In: CARBONI, Paulo César. (Org.). *Sentido filosófico dos Direitos Humanos*. Leituras do pensamento contemporâneo. Passo Fundo: IFIBE, 2006, p.135.

67 HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Instituto Piaget, Lisboa, ? 1991, p. 97.



Após demonstrou-se um exemplo prático de aplicabilidade da preocupação do ente público com a concretização da proteção integral, qual seja o PIM, que se coaduna com os preceitos do ECA e da CF.

Dessa forma, a abordagem a respeito do espaço público e a reconstrução da solidariedade na formação de redes de gestão local para políticas de proteção à infância, num primeiro momento, se reflete sobre o tipo de comunidade e o que se espera para que, tanto no seu centro como no entorno social, a inclusão prevaleça e a solidariedade se efetive como princípio autônomo e ao mesmo tempo relacionado à justiça. Esses princípios ou valores de tamanha importância às pessoas, enquanto membros de um determinado grupo comunitário, pressupõem a possibilidade de mobilização e de articulação entre si com as respectivas tarefas que priorizem os infantes.

Quando se menciona os estágios de moralidade, seja de um sujeito, de um grupo ou de uma sociedade, não se está buscando preconceitos. Ao contrário, se deseja a defesa e a prevalência da ética discursiva nas relações sociais e em especial nos espaços de diálogo que, pelo princípio da universalidade, por sua vez, do discurso aproximam os atores sociais para romper com paradoxos como inclusão/exclusão, proporcionando que o outro não seja um estranho, mas um sujeito pleno de direitos, reconhecido e aceito pelo grupo, devido à condição universal de pessoa humana.

Contudo, essa concepção ou forma de ver o mundo vivido se desenvolve nos atores sociais, mesmo que não de maneira automática, pois cada um tem uma forma peculiar de agir e aprender, assim como estar relacionado a algum dos estágios descritos e estudados tanto por Kohlberg como por Habermas.

Tal situação traz a necessidade de reflexão, a fim de que a sociedade, a família e o Estado se unam para a proteção dos infantes e com isso haja a criação de políticas públicas de proteção aos direitos da criança e do adolescente.

Por fim, reitera-se que, apesar de todos os avanços na área da infância e da juventude, muito ainda há que ser feito e pensado, especialmente no que tange à proteção e à conscientização de políticas públicas preventivas no âmbito local, uma vez que as políticas de governo ainda se preocupam mais com programas paliativos do que com a qualidade do acesso à prevenção à violência.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zigmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et al. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Polis, 2001. (Cadernos Polis, 2). Disponível em: <www.polis.org.br> Acesso em: 23 set.2007.

BRUTSCHER, Volmir José. Paulo Freire. Direitos humanos, história e liberdade. In: CARBONI. Paulo César. (Org.). *Sentido filosófico dos Direitos Humanos*. Leituras do pensamento contemporâneo. Passo Fundo: IFIBE, 2006.

DOWBOR. Ladislau. Da globalização ao poder local: a nova hierarquia dos espaços. Disponível em: <<http://dowbor.org/5espaco.asp>>. Acesso em: 15 jun. 2007



DA ROSA, Enéias. Agnes Heller. Necessidades, justiça e direitos humanos. In: CARBONI, Paulo César. (Org.). *Sentido filosófico dos Direitos Humanos*. Leituras do pensamento contemporâneo. Passo Fundo: IFIBE, 2006.

FARIAS, José Fernando de Castro. Espaço Público e reconstrução da solidariedade. Disponível em: < http://rolim.com.br/2006/index.php?option=com_content&task=view&id=494&Itemid=12 > Acesso em: 20 dez.2007.

FREY, Klaus. *Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes á prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/pub/ppp> >. Acesso em: 10 ago. 2007.

FREITAG, Barbara. *Itinerários de Antígona: A questão da moralidade*. Campinas, São Paulo: Papirus, 1992.

_____. *Dialogando com Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

LUDWIG, C. L et al. *Discurso e direito: o consenso e o dissenso*. In: _____. *Direito e discurso discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen . *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

MORIN, Edgar. *Meus Demônios*. Tradução de Lemeide Duarte e Clarisse Meireles. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 1997.

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

Prioridades do UNICEF para seu Programa de Cooperação com o Brasil para o período de 2007 a 2011. Disponível em: < <http://www.unicef.org.br/> > Acesso em: 04 nov.2007.

ROANI, Roberto. Jürgen Habermas. Direitos humanos, soberania do povo e princípio da democracia. In: CARBONI, Paulo César. (Org.). *Sentido filosófico dos Direitos Humanos*. Leituras do pensamento contemporâneo. Passo Fundo: IFIBE, 2006.

SANTOS, Milton. *Pensando o espaço do homem*. São Paulo: Hucitec, 1992.

TARDELI, Denise D' Áurea. Preceitos e princípios. O olhar adolescente. Os incríveis anos de transição para a idade adulta. Viver mente e cérebro. V.4, p.23-29, 2007.

VERONESE, Josiane Petry; COSTA, Marli M.M. da. *Violência doméstica: quando a vítima é a criança ou o adolescente* – uma leitura interdisciplinar. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: __ PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHNEIDER, Alessandra; RAMIRES, Regina. *Primeira Infância Melhor: uma inovação em política pública*. UNESCO, Secretaria do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, 2007.



O JUDICIÁRIO COMO INDUTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS: CUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL OU ATIVISMO JUDICIAL? – UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

Mônia Clarissa Hennig Leal²
Maitê Damé Teixeira Lemos³

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo discutir sobre uma possível função indutora do Poder Judiciário no que se refere às políticas públicas e as implicações que essa função pode trazer para a discussão sobre uma posição ativista do Supremo Tribunal Federal. Essa discussão parte da postura que a jurisdição tem assumido: mais interventiva e, quem sabe, mais ativista. Assim, considerando a função do Judiciário como guardião da Constituição, a questão que se impõe é: é possível considerar o Judiciário como um indutor de políticas públicas? Essa atuação mais ativa pode, também, ser considerada mais ativista? Assim, a partir da doutrina e de análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, busca-se evidenciar que o Judiciário tem se tornado, de fato, um órgão capaz de induzir a criação de políticas públicas, já que suas decisões têm refletido na criação de políticas públicas até então não existentes no Estado, tendo como exemplo mais clássico, a atuação do Judiciário no controle de políticas públicas relativas à educação, quando o Judiciário tem determinado a criação de vagas, com a construção de salas de aulas ou creches, capazes de atender adequadamente à população.

Trabalha-se com pesquisa bibliográfica, não se tendo a pretensão de esgotar o assunto relativo ao controle jurisdicional de políticas públicas, pois muito ainda há o

- 1 Este artigo é resultante das atividades do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP, financiado pelo FINEP e vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde as autores desenvolvem o projeto de pesquisa “Controle jurisdicional de Políticas Públicas: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas e a relevância da atuação do *amicus curiae* como instrumento de legitimação dessas decisões no Brasil”, na condição de coordenadora e participante, respectivamente. O artigo se insere, também, no âmbito do projeto “O *amicus curiae* como instrumento de realização de uma Jurisdição Constitucional aberta: análise comparativa entre os sistemas brasileiro, alemão e norte-americano e sua efetividade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, que conta com recursos do Edital das Ciências Sociais/2010 do CNPq e do Programa Pesquisador Gaúcho 2010, da FAPERGS.
- 2 Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha.
- 3 Mestre e Doutoranda em Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul – RS – Brasil; pesquisadora do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado ao CNPq. Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogada.



que se discutir, de forma que se entende que o assunto mantém-se sempre atual e importante, trazendo uma série de implicações para o Estado Democrático de Direito. O que se pretende é fazer a análise de alguns elementos que se relacionam com a complexa temática do controle jurisdicional de políticas públicas, na tentativa de contribuir para o debate, que se converte em um problema prático com uma dimensão relevante, pois se insere no âmbito de uma sociedade que carece de concretização de direitos fundamentais sociais.

2 O CARÁTER AMBÍGUO DO CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de se apresentar um conceito, ou melhor, uma tentativa conceitual para as políticas públicas, já que há uma ambiguidade conceitual, conforme se demonstrará, necessário que sejam tecidas breves considerações acerca do surgimento desse termo, para, a partir daí, se possa situar a importância da discussão trazida no presente trabalho. As políticas públicas desde algum tempo têm sido fonte de diversos debates, especialmente na seara jurídica. Essa temática nasce, como disciplina acadêmica, nos EUA⁴, mas, como ferramenta de decisão do governo, é produto da Guerra Fria e consequência da valorização da tecnocracia⁵. A função de “criadores” das políticas públicas pode ser atribuída a quatro autores: Laswell, que criou a expressão *policy analysis*, análise de políticas públicas, conciliando conhecimento científico e acadêmico com a produção empírica dos governos; Simon, que criou a *policy makers*, ou seja, o conceito de racionalidade limitada dos decisores públicos; Lindblom, que incorporou as relações de poder e a integração entre as fases do processo decisório na análise e formulação de políticas públicas; e Easton, que definiu políticas públicas como um sistema, que recebe influências diversas do ambiente⁶.

Antes de buscar um conceito para as políticas públicas, também é necessário que se apresentem as três dimensões da política: *polity*, *politics*, *policy*⁷. O termo *polity* refere-se à “análise das instituições políticas e das questões administrativas da burocracia estatal”⁸. Trata-se da máquina administrativa ou da política constitucional. *Politics* abarca a dimensão dos processos, ou seja, a relação entre os atores políticos (executivo, legislativo e judiciário), na tomada de decisão. *Policy* são os conteúdos da política, são as políticas públicas, ou seja, as ações do Estado. Trata-se do resultado da política institucional e processual.

Considerando essas primeiras definições sobre políticas públicas, surge o

4 FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, n. 21, jun. 2000, p. 214. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 16 jun. 2011.

5 SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*, Porto Alegre: UFRGS, n. 16, p. 20-45, jul/dez. 2006, p. 22.

6 Idem. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 67-68.

7 FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, n. 21, jun. 2000, p. 211-259. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 16 jun. 2011.

8 SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J.R.; LEAL, R.G. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 2310.



questionamento do que são políticas públicas? Conforme o próprio título deste tópico define, é um conceito ambíguo, de forma que não se pode afirmar a existência de um conceito único, pronto e acabado de políticas públicas, nem uma definição melhor ou pior, sendo possível se encontrar diversas conceituações para a expressão⁹. Para responder a pergunta do que são políticas públicas, primeiro, devem ser definidos alguns elementos necessários à formulação do conceito, pois, para que haja um pleno entendimento do tema, deve haver “uma contextualização no âmbito das diversas ciências”¹⁰. Políticas são ações e procedimentos que visam à solução de conflitos de forma pacífica; poder é a capacidade que o homem tem de influenciar outrem a fazer ou deixar de fazer algo; o Estado é que possui poder para fazer com que as políticas públicas sejam aplicadas na sociedade, atendendo a suas necessidades; governo são os indivíduos que administram e orientam os rumos da sociedade; atores políticos são pessoas ou instituições que participam do processo de construção das políticas públicas (privados ou públicos)¹¹.

A partir desses elementos, é possível que se diga que o termo políticas públicas é utilizado, dependendo da situação, para definir situações distintas: “ora indica um campo de atividade, ora um propósito político bem concreto, ou um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa”¹². Envolve, portanto, mais do que a decisão política, requerendo ações estratégicas variadas e, portanto, constituem-se em “um conjunto articulado de ações, decisões e incentivos que buscam alterar uma realidade em resposta a demandas e interesses envolvidos”¹³.

Não existe, então, um único conceito de políticas públicas, nem uma melhor definição, podendo ser entendida como campo que analisa o governo diante das grandes decisões públicas; ações de governo que produzirão efeitos específicos; o que o governo escolhe fazer ou não fazer; quem ganha o quê, por quê e que diferença faz¹⁴. Nessa perspectiva Maria Paula Dallari Bucci afirma que a política pública é definida como um “programa ou quadro de ação governamental”, consistindo em medidas coordenadas e articuladas com objetivo de dar impulso, ou seja, “movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”¹⁵.

Direito e política são indissociáveis, de forma que o tema das políticas públicas

9 Nesse sentido, Celina Souza e Maria Paula Dallari Bucci apresentam uma série de conceitos para as políticas públicas. SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 68-70; BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37-47.

10 RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010, p. 28.

11 Ibidem, p. 28.

12 SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J.R.; LEAL, R.G. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 2311.

13 RODRIGUES, op. cit., p. 52.

14 SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*, Porto Alegre: UFRGS, n. 16, p. 20-45, jul/dez. 2006, p. 24-26.

15 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.



pertence tanto à ciência política, quanto ao direito¹⁶. As políticas públicas são, portanto, ramo da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública. Assim, a definição das políticas públicas é um processo que se faz a partir da abertura do direito para a interdisciplinariedade¹⁷. Há uma discussão sobre a necessidade de ser estabelecido um conceito jurídico para as políticas públicas, pois é no direito que elas se assentam¹⁸. Entende-se, entretanto, que não há a necessidade de um conceito jurídico para políticas públicas, já que, em se tratando de um conjunto de atos ordenados, existem elementos políticos e jurídicos envolvidos, de forma que não há como se utilizar de um conceito jurídico pronto e acabado. A análise das políticas públicas independe da existência de uma nova espécie de norma jurídica, mas sim da necessidade de que esses programas de ações, com fim de alcançar a solução de um problema específico, sejam reconhecidos e aprimorados pela sociedade através, especialmente, da democracia participativa¹⁹.

Assim, as políticas públicas nada mais são do que ações e programas, desencadeados pelo Estado, com o intuito de atingir o bem comum, ou seja, “ação estratégica (de instituições ou de pessoas de direito público) que visa atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza pública”²⁰. Essas ações visam atender a demandas presentes na sociedade, notadamente as de cunho social e resultam de um processo de planejamento, de orçamento, de execução²¹, ou seja, de uma série de elementos que não são apenas jurídicos, de forma a fundamentar a posição deste texto de que não há como se formular um conceito jurídico para as políticas públicas. Independentemente de existir um conceito pronto e acabado ou não para as políticas públicas, interessa, para este trabalho, entendê-las como instrumentos ou meios para a efetivação dos direitos fundamentais sociais e, a partir daí, fazer a análise de seu controle jurisdicional e de uma eventual função indutora por parte do Poder Judiciário. Contudo, antes que se discuta essa situação, necessário se faz uma abordagem acerca do papel que o Judiciário possui no atual Estado Democrático de Direito, analisando-se, sobretudo, o processo de abertura da jurisdição constitucional.

16 MASSA-ARZABE, Maria Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51.

17 BUCCI, op.cit., p. 1.

18 Ibidem, p. 37.

19 MASSA-ARZABE, Maria Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74.

20 LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. v.1,t.1., p. 161.

21 Sobre o processo de formulação das políticas públicas, ver, dentre outros: RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010, p. 46-53.



3 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A ABERTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O surgimento do Estado Democrático de Direito não importou em grandes transformações jurídicas e sociais, destacando-se um “*plus normativo*”²², em razão de uma grande valorização dos direitos fundamentais²³, que se constituem como base do Estado de Direito. Nesse aspecto, principalmente o aspecto democrático foi incorporado pela sociedade, possibilitando uma participação mais ativa dos cidadãos nas decisões estatais²⁴. Nesse sentido, no Estado Democrático de Direito, os poderes estão vinculados aos direitos fundamentais, de maneira que surge, além da perspectiva subjetiva – possibilidade de se exigir o respeito aos direitos fundamentais –, uma noção objetiva desses direitos, ou seja, sua realização deve ser assegurada independentemente da vontade do seu titular.

A Constituição não mais se fixa nos limites do poder estatal, passando a ser um instrumento de valorização, de garantia e de concretização dos direitos fundamentais e da dignidade humana, expressão dos valores supremos eleitos pela sociedade²⁵. Aliás, a dignidade da pessoa humana, no constitucionalismo democrático, é um instrumento para a criação e a interpretação de qualquer norma, servindo, também, como uma forma de limite ao poder do Estado frente aos direitos dos cidadãos e como fonte dos direitos fundamentais, ou seja, ela é o centro do sistema de proteção desses direitos²⁶.

Nesse sentido, os direitos fundamentais devem ser protegidos não por questões de convicção, mas em razão de serem considerados e deverem ser protegidos como trunfos contra as decisões políticas. E surge, então, o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, onde os direitos são protegidos e garantidos pela Constituição Federal, sendo concretizados, na maioria das vezes, através de políticas públicas.

A partir de então, o tema relativo à jurisdição constitucional tem proporcionado grandes debates jurídicos e políticos, eis que o Judiciário brasileiro tem chamado para si a função de realizar um controle relativo às políticas públicas, especialmente quando relativas a direitos sociais. A grande discussão sobre esse tema tem sido em torno do argumento de que o Poder Judiciário estaria extrapolando sua competência e invadindo a competência do Poder Legislativo²⁷. No entanto, entende-se que no atual

22 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 18.

23 Essa valorização ocorreu em razão das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, como forma de valorizar os direitos violados. Nesse sentido, ver: SEGADO, Francisco Fernández. *Constitución y valores. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico*. In: SCHÄFER, Jairo (Org.). *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 86-87.

24 STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 103-104.

25 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 23-24.

26 Nesse sentido, entendendo a dignidade tanto como tarefa quanto como limite dos poderes, ver: MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Dignidad Humana*. In: TAMAYO, Juan José (Org.). *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Estella: Verbo Divino, 2005, p. 55.

27 Isso reflete uma tendência do constitucionalismo ocidental.



estágio do Estado Brasileiro, de cunho democrático, deve haver uma larga discussão acerca do papel da jurisdição constitucional²⁸, eis que é um espaço necessário para a construção e manutenção da democracia²⁹ no país.

No Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional possui papel importante e relevante, pois analisa as demandas relativas à Constituição Federal – tendo o papel de guardião da Constituição –, a partir de uma perspectiva democrática, onde a realização dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais deve ser ampla³⁰. Com o reconhecimento dessa supremacia da Constituição, com vinculação para todos – Estado, Governo, Poder Legislativo, Judiciário, particulares, etc – é necessário o estabelecimento de quem será o órgão responsável por esse controle. O controle da constitucionalidade fica a cargo, então, de um Tribunal Constitucional, vinculado ao Poder Judiciário, que fiscalizará “a conformidade formal e material dos atos legislativos”³¹. A jurisdição, nesse caso, ainda que possa sofrer influências políticas em razão de nomeações de Ministros, por exemplo, ou da percepção dos julgadores quanto à opinião pública, não sofre o deslocamento de sua função jurisdicional. Por mais que possa existir influência política, a decisão da jurisdição deverá ser sempre jurídica, com fundamento racional e legal, baseada e limitada na Constituição.

No caso do Brasil, a tarefa é exercida pelo Supremo Tribunal Federal, um órgão eminentemente judicial, que não possui seus membros eleitos pela vontade geral, mas que possui legitimidade concedida pela própria Constituição. Assim, como tal documento é fruto da vontade do povo, através do Poder Constituinte, há uma legitimação indireta da vontade geral, pela autorização constitucional e há, ainda, “uma constante renovação da legitimidade por meio de seus procedimentos, ou seja, pelo conteúdo das decisões que exara, como forma de justificar a competência que lhe foi atribuída”³².

O Tribunal Constitucional atua como guardião da Constituição, tendo, inclusive, uma função criativa, assentada no caráter principiológico e aberto das normas de direitos fundamentais³³, associada à ideia de que a norma é, sempre, o resultado da interpretação do texto normativo em sua integração com a realidade, do que resulta que um mesmo texto pode conduzir a resultados diversos, que variam no tempo e no

28 Sobre o desenvolvimento da jurisdição constitucional, sugere-se a leitura de: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

29 A democracia aqui entendida não só como instituição, mas, notadamente, como instrumento para realização de direitos.

30 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Direitos fundamentais, jurisdição constitucional e democracia: origens, fundamentos e controvérsias. In: GORCZEWSKI, C.; REIS, J.R. *Constitucionalismo Contemporâneo: direitos fundamentais em debate*. Porto Alegre: Norton, 2005, p. 71.

31 Idem. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 109-110.

32 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 115-117.

33 Este conceito encontra fundamento no pensamento de Peter Häberle, que entende que a Constituição é um produto cultural e vivo e que sua interpretação deve ser feita por todos aqueles que a vivenciam. Sobre essa perspectiva de Constituição Aberta, ver: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.



espaço³⁴. Nesse contexto, a jurisdição constitucional (embora não só ela), na condição de “intérprete oficial”, adquire, também, a partir de sua função de interpretação contínua da Constituição, a tarefa de dar-lhe nova vida, permanentemente.

Ainda no sentido de se interpretar a Constituição de forma ampla e em permanente desenvolvimento, a partir da ideia de Häberle³⁵ de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, a jurisdição constitucional, no Estado Democrático de Direito, deve atuar no sentido de garantir o livre exercício da autonomia dos cidadãos. Com isso haverá a garantia de condições para que possa ser realizado o processo democrático, mas sem deixar de ser a guardiã da Constituição. Dessa maneira, a jurisdição constitucional deve primar e zelar pelo cumprimento dos ditames constitucionais, especialmente no tocante aos direitos humanos fundamentais, os quais possibilitarão o exercício da democracia pelos cidadãos³⁶.

Dessa maneira, “a *constituição aberta* seria aquela receptiva a novos temas, valores e pontos de vista”, assim como a interpretação também deveria ser aberta, “de modo a operar construtivamente com as novas pautas que lhe são apresentadas pela dinâmica social”³⁷. Na visão de Häberle³⁸, a interpretação constitucional deve ser aberta, pois, não sendo assim, não haverá a verdadeira expressão da Constituição, visto que não haverá a análise do contexto sociocultural em que a mesma está inserida.

Então, o processo interpretativo necessita ser real e verdadeiro. Isso só será possível se houver uma ampliação do círculo de intérpretes da Constituição, visto que a interpretação possui alternativas diversas, as quais poderão ser alcançadas quando maior número de intérpretes participarem do processo interpretativo, trazendo, assim, realidades plurais. Partindo dessas premissas, Häberle considera que, devido o caráter complexo e plural do processo de interpretação da Constituição, tal ato deve ser relativizado, de modo a não ser mais a leitura da lei estrita, conseguindo-se, dessa maneira, pela atuação da jurisdição constitucional, numa perspectiva aberta, uma melhor relação da Carta com a realidade social.

Partindo dessa noção de adequação da Constituição à realidade social e de abertura da jurisdição, é que se entende a forma mais ativa de atuação por parte do Judiciário quando se refere a direitos fundamentais³⁹, o que acaba por refletir no controle jurisdicional de políticas públicas, já que o que se tem percebido pelas

34 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Direitos fundamentais, jurisdição constitucional e democracia: origens, fundamentos e controvérsias. In: GORCZEVSKI, C.; REIS, J.R. *Constitucionalismo Contemporâneo: direitos fundamentais em debate*. Porto Alegre: Norton, 2005, p. 76-83.

35 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

36 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 198.

37 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 165.

38 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 30-31.

39 Isto porque, antes da abertura da jurisdição, pouco se discutia a respeito do ativismo judicial e do controle jurisdicional de políticas públicas.



decisões judiciais é que a intervenção tem se dado no intuito de preservar os direitos sociais constitucionalmente garantidos, como o direito à educação ou direito à saúde, por exemplo. Nesse sentido, considerando que os direitos sociais previstos na Constituição Federal geralmente necessitam de políticas públicas para sua efetiva concretização, há casos em que o Judiciário é chamado a atuar porque algum direito fundamental não está sendo respeitado pelos Poderes Públicos. Nesse sentido, há a necessidade de que, no intuito de tornar as políticas públicas eficazes e eficientes, o Judiciário assumira um papel mais ativo, fazendo o controle das políticas públicas⁴⁰, que pode ser tanto na fase de formulação – quando o Judiciário passa a ter uma característica de indutor de políticas públicas – quanto na fase de execução das mesmas⁴¹.

4 A FUNÇÃO INDUTORA DO JUDICIÁRIO E O ATIVISMO JUDICIAL: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PODE SER CONSIDERADO UM TRIBUNAL ATIVISTA?

Atualmente discute-se muito acerca do papel da jurisdição constitucional enquanto protagonista na ordem democrática. Isso porque o Judiciário tem decidido, nos últimos tempos, questões relacionadas com a política. A partir daí, vem se falando em judicialização da política e em ativismo judicial (muitas vezes como sendo expressões sinônimas, o que, desde já, destaca-se: não o são). Para que essa diferença possa ser estabelecida, necessário se faz algumas considerações sobre a relação direito e política. Em princípio, parece lógico que tais temas estão umbilicalmente ligados, mas muita discussão é gerada a partir dessa relação. Toda legislação existente (o jurídico) tem sua origem e criação dada pela política, já que a função típica de criação da legislação é do Poder Legislativo⁴².

Assim, estabelece-se a primeira relação entre direito e política, pois essa última fica subordinada ao direito (lei) que ela própria (política) criou. Assim, a Constituição passa a ser uma forma de limitação da política e, apesar de não conseguir uma total juridicização da política, nem a eliminar, coloca-lhe uma moldura. Contudo, a dicotomia entre direito e política segue apresentando discussões e problemas

40 O objetivo deste trabalho, especialmente em razão de sua extensão, não é discutir as possibilidades e os limites do controle jurisdicional de políticas públicas. Não se pode deixar de considerar, contudo, que um dos argumentos contrários ao controle das políticas públicas é o fato de que estas são decisões administrativas e, portanto, fazem parte do poder discricionário do executivo. Estaria o Judiciário, nesse sentido, adentrando na esfera de competência dos demais poderes, o que violaria a teoria da separação de poderes. Mas a noção de separação de poderes está associada ao liberalismo, de forma que não se pode interpretá-la da mesma forma no Estado Democrático de Direito, pois a própria noção de Estado que se tem atualmente é diferente daquela existente quando da fundação da teoria da separação de poderes por Montesquieu. Assim, deve haver um alargamento da interpretação do princípio da separação dos poderes, de forma que se crie uma colaboração entre poderes, onde cada um – de forma isolada, na execução de suas competências e em conjunto – é responsável por consolidar os ditames constitucionais, especialmente a realização dos direitos fundamentais.

41 Quanto às fases ou ciclos pelos quais as políticas públicas passam até serem executadas, ver: Sobre o processo de formulação das políticas públicas, ver, dentre outros: RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010, p. 46-53.

42 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 239-240.



a serem resolvidos, surgindo os Tribunais Constitucionais como uma tentativa de minimizar esse problema, já que sua função também é analisar questões políticas no âmbito da Constituição, mas sem possuir poder de fiscalização sobre a política, não conseguindo impor sobre ela as normativas constitucionais. Assim, a dicotomia direito e política não tem como ser suprimida⁴³.

Mas essa relação entre direito e política também se reflete na jurisdição constitucional. Ao interpretar as normas constitucionais, especialmente pelo seu caráter aberto e principiológico, a jurisdição está ainda mais perto da política, pois exige interpretação constante e o objeto de controle da jurisdição é, portanto, a própria política. Esse fato tem sido, ao mesmo tempo, uma causa e uma consequência da ampliação da atuação da jurisdição constitucional acerca de questões de natureza política. Isso porque, como normalmente tratam-se de escolhas difíceis, que envolvem direitos fundamentais, previstos na Constituição, a atuação do Judiciário deve se dar nos sentidos de verificar a legalidade dos atos e, mais do que isso, cumprir com sua função de intérprete e protetor da Constituição⁴⁴.

E nesse processo de “dar vida à Constituição”, o Tribunal Constitucional acaba, muitas vezes, criando uma norma que até então não existia, em nome de algum princípio insculpido na Constituição (igualdade, por exemplo). Nesse momento surge, então, a discussão sobre o crescimento da jurisdição constitucional, de sua legitimidade para tal atuação (por não terem sido, seus representantes, eleitos pela vontade geral)⁴⁵ e sobre a intervenção na separação dos poderes. Surge daí a noção de judicialização da política, ou seja: que questões de grande repercussão para a sociedade, questões de ordem política ou social, passam a ser decididas pelo Judiciário⁴⁶.

A judicialização é um fenômeno derivado de situações e características externas, do próprio ordenamento jurídico⁴⁷, quando o legislador cria um espaço maior para atuação do Judiciário, como, por exemplo, o aumento das ações constitucionais e o aumento dos legitimados ativos para propô-las. O problema maior que se enfrenta na atualidade quando se fala em judicialização é o fato de que essa atuação do Judiciário na política é associada, muitas vezes (e erroneamente), ao chamado ativismo judicial.

43 GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8-11.

44 Destaca-se que, nestes casos surge uma nova visão da jurisdição constitucional, a denominada “Nova Hermenêutica”, que passa a ver a jurisdição como um *locus* privilegiado de garantia dos direitos fundamentais e, enquanto intérprete da Constituição, o processo interpretativo passa a ser mais aberto à participação da sociedade.

45 Sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional, ver: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 51 e ss.

46 BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 05 agosto 2011.

47 No Brasil, contudo, os fatores principais da judicialização são o modelo constitucional, abrangente e analítico, bem como o sistema de controle de constitucionalidade, que mescla tanto o controle difuso, quanto o concentrado, de modo que o Supremo Tribunal Federal tem a função de guardião da Constituição em última instância, mas, ao mesmo tempo, o Judiciário como um todo tem a função de controlar a constitucionalidade das leis. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 231.



Nesse sentido, Barroso⁴⁸ destaca que judicialização e ativismo são parentes, mas não são a mesma coisa, especialmente por não terem a mesma origem. Como já dito, a judicialização é fruto do próprio sistema, que dá competência ao Judiciário para analisar diversas matérias de ordem política e social. O ativismo, por sua vez, tem uma origem jurisprudencial, na jurisdição norte-americana, como uma qualificação trazida para a Suprema Corte americana na época em que foi presidida pelo juiz Earl Warren, entre 1954 e 1969, por ter havido uma grande mudança de perspectiva dentro da Corte⁴⁹.

O ativismo, então, pode ser entendido como uma escolha do Judiciário, ou seja, uma atitude, uma forma de interpretar a Constituição de forma mais ativa do que deveria o ser, interferindo em um espaço de atuação que não lhe compete. Ou, ainda, ser compreendido como uma atuação do Judiciário, visando à concretização da Constituição, que interfere nos demais poderes e, o seu oposto, um Judiciário que se autocontém (*self restraint*), ou seja, uma conduta que evita interferir na seara dos demais poderes⁵⁰.

Mas não se pode ver o ativismo como algo ruim⁵¹. Há casos em que uma postura proativa do Judiciário é necessária à garantia de direitos que não estão sendo “cuidados” pelos demais poderes. Nesse sentido, há quem veja o ativismo judicial como algo bom e necessário no Brasil. Contudo, um ativismo que esteja baseado e vinculado “às diretrizes materiais da constituição, voltados para a plena realização dos seus comandos e não apenas apegados aos esquemas da racionalidade formal”⁵². O que é maléfico é um ativismo desmedido, sem qualquer limitação, quando o juiz passa a assumir as funções dos demais poderes, ainda que esses os estejam executando dentro da legalidade. O que extrapola a função do Judiciário e acaba sendo um ativismo ruim, portanto, são as decisões judiciais sem fundamento jurídico-racional. Assim, a legitimidade da jurisdição constitucional para uma atuação mais ativa está na necessidade de uma decisão racionalmente fundamentada na Constituição o que, contudo, não pode se transformar em uma possibilidade de o Judiciário assumir uma função de “superpoder”⁵³.

Deve-se destacar que não há uma “fórmula mágica” para definir o que é (ou o que não é) ativismo judicial e esse termo não é fácil de ser definido, pois se trata de um passo adiante à judicialização, pois, enquanto esta se deve a fatores externos, o

48 BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 05 agosto 2011.

49 Idem. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 232.

50 Idem. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 05 agosto 2011.

51 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

52 KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 97.

53 Nesse sentido, ver: MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: *Novos Estudos*, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000.



ativismo relaciona-se com a atuação, com fatores internos do Judiciário. Há, portanto, uma ambiguidade permanente com relação à utilização deste termo, pois, ao mesmo tempo em que há quem entenda que um Judiciário ativista é aquele cujas decisões são contrárias às decisões dos poderes Executivo e Legislativo, outros entendem que ativista é o Judiciário que decide de forma contrária ao sentido dado planejado pelo texto constitucional⁵⁴.

Assim, de uma forma geral, entende-se que o ativismo relaciona-se com decisões expansivas. Pode-se pensar em ativismo quando o Judiciário decide de forma que não corresponde às expectativas da sociedade (de forma conservadora ou liberal). Mesmo assim, Mark Tushnet⁵⁵ afirma que o que abre espaço para o ativismo são leis gerais, pois essas necessitam de interpretação e a partir da interpretação é que advém o ativismo. Portanto, para que se discuta acerca do ativismo judicial é preciso que existam critérios claros e incontroversos. Entretanto, não existem critérios desenvolvidos para uma interpretação constitucional, o que torna o conceito de ativismo um conceito vazio, sem parâmetros para definição do seu significado. Ademais, entende-se, de qualquer forma, que sendo ou não ativista o Judiciário brasileiro, o que se tem verificado é que, de uma forma ou de outra, há o cumprimento de um papel constitucional, de defesa do Estado, da democracia e dos direitos fundamentais.

Essa caracterização do Judiciário brasileiro como ativista vem sendo debatida em razão de uma constante manifestação, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal, no que se refere ao tema políticas públicas. Isso porque, em se tratando de políticas públicas que se destinam a concretizar direitos previstos na Constituição, muitas vezes o Judiciário é chamado a atuar. Mas essa atuação deve ser com cautela, tratando-se de uma exceção, de forma que ao Judiciário só cabe agir no controle de políticas públicas quando houver violação de direitos fundamentais ou da Constituição, em razão de omissão, ação, desvirtuamento ou insuficiência. Nesses casos, sendo chamado a atuar, o Judiciário não pode se eximir de sua função, devendo atuar, seja de forma positiva ou negativa. Contudo, o que chama a atenção é exatamente o fato de que se o Judiciário é chamado a atuar é porque, muitas vezes, algum direito fundamental não está sendo respeitado pelos Poderes Públicos.

Contudo, na qualidade de ação excepcional, em sendo necessária a atuação do Judiciário, não sendo ele espaço privilegiado para discussão e planejamento de políticas públicas, é preciso que haja, então, uma democratização dessa decisão do Judiciário, com a criação de instrumentos de democratização e com a participação de técnicos, e a abertura da jurisdição, para que possa haver, então, essa discussão sobre a criação das políticas públicas. Nesse aspecto, a figura do *amicus curiae* pode ser uma forma de democratização da decisão jurisdicional sobre as políticas públicas.

O problema maior é definir quando será essa exceção, ou seja, como lidar com a excepcionalidade, com a extensão da exceção. A discussão gira em torno de uma

54 PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 285 e ss.

55 Mark Tushnet apresenta a discussão sobre um ativismo liberal ou conservador, dependendo do momento histórico. TUSHNET, Mark. The United States of America. In: DICKINSON, Brice. *Judicial activism in Common Law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 415-416.



exceção, ou seja, quando a situação não funciona bem (não há política pública ou, se há, ela é insuficiente ou deficiente) e o Judiciário é chamado a agir. A atuação do Judiciário, enquanto exceção, fica adstrita a casos que envolvam a Constituição Federal em razão de omissão (direito a prestação), ação (direito negativo), desvirtuamento ou insuficiência de uma política pública. Nesse sentido, a própria Constituição traz em seu bojo normas relativas à forma de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas. Trata-se, na verdade, dos princípios constitucionais que são a base do sistema jurídico, ou seja, valores essenciais para o ordenamento jurídico, possuindo um caráter deontológico. São, portanto, o centro do sistema jurídico, representando os aspectos valorativos, os valores supremos eleitos pela comunidade. Os princípios devem imperar sobre toda e qualquer apreciação do Direito, servindo como indicativo dos valores que devem fundamentar a decisão. A partir dessa noção, os princípios, enquanto fundamento de decisão, passam a ser critérios utilizados no controle jurisdicional de políticas públicas, ou seja, os princípios são, ao mesmo tempo, o limite e o alcance do Judiciário no controle das políticas públicas.

Partindo, então, dessa delimitação do controle, através dos princípios constitucionais, a atuação do Judiciário pode ser no sentido de validar/invalidar uma política pública ou alterar seu conteúdo ou, ainda, determinar a criação de uma política pública inexistente. Em se tratando de controle de política pública no âmbito de sua implementação, quando o controle ocorre visando assegurar o cumprimento de uma política existente, mas não implementada, ou de uma política existente, mas insuficiente, ou, ainda, com relação à legalidade e efetividade da política pública, neste caso, não há interferência indevida do Judiciário. Ele, tão somente, dá cumprimento a uma política pública que é assegurada pelos outros poderes.

Quando, no entanto, o controle do Judiciário ocorre no âmbito da formulação, visando à criação de uma política pública inexistente ou a garantir que um direito previsto na Constituição seja efetivado através de uma política pública, a situação é diversa. Apesar da discussão sobre a invasão do Judiciário na competência legislativa, neste caso, a atuação da jurisdição se dá como uma forma efetiva e estratégica de garantia dos direitos fundamentais. Contudo, neste caso é possível que se encontrem decisões mais ativistas do Judiciário, que pode, sim, ultrapassar os limites de garantia dos direitos previstos, para atuar na escolha pública, interferindo em espaços que tradicionalmente são compreendidos como sendo pertencentes ao poder discricionário. Mas também se deve considerar que, em razão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, em caso de não haver política pública, deverá – quando demandado – haver uma atuação do Judiciário no sentido de determinar essa criação⁵⁶.

A partir daí, surge, também, a discussão relativa à invasão de competência quando não se tratar de direito constitucionalmente previsto, quando, então, não haveria justificativa para a atuação do Poder Judiciário. Entende-se que, neste caso, haveria uma justificativa para tanta crítica à atuação proativa do judiciário. Contudo,

56 O STF tem atuado nesse sentido, como pode ser visto nas seguintes decisões, dentre outras: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 639.337. Relator: Ministro Celso de Mello. 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 fev. 2012; Idem. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 367432**. Relator: Ministro Eros Grau. 20 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 fev. 2012.



não se entende justificada a alegada interferência em políticas públicas em razão de inexistência de previsão orçamentária. Trata-se de um subterfúgio dos Poderes Públicos – a reserva do possível – para não criar ou implementar as políticas públicas. Nesse sentido, compreende-se que nem todos os direitos podem ser realizados por inexistência de recursos⁵⁷, mas a alegação da reserva do possível não pode fazer com que o direito e a própria Constituição Federal percam sua eficácia social, ou seja, é preciso que o mínimo existencial seja sempre garantido, ou seja, em razão da própria dimensão objetiva⁵⁸ desses direitos há a vinculação dos Poderes Públicos e, em decorrência, o dever do Estado de garantir tais direitos. Portanto, a falta de atuação do Estado ou a atuação ineficiente gera a possibilidade de justiciabilidade dos direitos fundamentais, ou seja, é possível que o indivíduo exija do Estado a sua prestação, ainda que de forma mínima⁵⁹.

Nesse sentido, a atuação do Judiciário não fere a separação dos poderes, pois está cumprindo com sua função típica de guardião da Constituição: se os direitos fundamentais sociais estão previstos na Constituição Federal e os Poderes Públicos não estão criando políticas públicas para concretizar tais direitos, cabe ao Judiciário, quando provocado, determinar (induzir) a criação das políticas públicas, a fim de que a Constituição seja observada e cumprida nas suas previsões. Se assim não fosse, o Poder Público estaria sendo autorizado a criar normas e políticas públicas quando (e se) quisesse. Agindo dessa forma a Constituição perderia sua eficácia e poderia ser decretada sua “morte”⁶⁰. É nessa perspectiva que lhe foi conferida e que representa uma dimensão política conferida à Corte, que não pode eximir-se de seu encargo de dar efetividade aos direitos fundamentais, sob pena de colocar em xeque a própria integridade da ordem

57 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

58 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais possui um caráter estratégico, em razão da necessidade, da fundamentalidade desses direitos que, a partir daí, demandam, mais do que a não intromissão do Estado, a efetiva proteção desses direitos. Nesse sentido, passam a ser o objetivo a ser atingido pelo Estado, restando, portanto, configurada sua função fundamental e estratégica, já que o Estado deverá atuar sempre (tanto na criação de leis, quanto na execução destas) buscando a proteção e promoção dos direitos fundamentais. (GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006, p. 155-174).

59 QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, p. 28.

Essa discussão deve considerar, também, a chamada doutrina da “political question”, que entende que existem algumas questões, de natureza política, que devem ser resolvidas por órgãos do Estado que tenham competência para essa discussão, não podendo ser justiciáveis, exigindo-se do Judiciário um poder de autocontenção. Nesse sentido, ver: MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 246 et. seq.

60 Andreas Krell, ao tratar das normas programáticas de direitos sociais, afirma que promessas constitucionais exageradas, sem a possibilidade de concretização por parte do Poder Público – o que envolve a discussão acerca da reserva do possível e do mínimo existencial – podem levar a uma “frustração constitucional”, o que vem a gerar em um processo de desabono da “instituição da constituição como sistema de normas legais vigentes e pode abalar a confiança dos cidadãos na ordem jurídica como um todo”. KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 26.



jurídico-constitucional⁶¹.

A partir daí, considerando-se que os direitos fundamentais sociais estão previstos na Constituição e que sua concretização é feita através das políticas públicas, justifica-se e legitima-se a atuação do Judiciário no controle do político. Mais do que isso, o próprio limite desse controle está previsto na Constituição: a garantia do direito fundamental social. Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento da ADPF 45, que os Poderes Públicos têm poder de decisão no que se refere ao “onde investir” apenas depois de realizado o mínimo existencial⁶². Então, quando as políticas públicas não são criadas ou não são implementadas de forma efetiva, o Judiciário, sendo chamado a intervir, poderá atuar, sem que, com isso, esteja ferindo o princípio da separação dos poderes, pois estará colocando em prática o próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que determina a concretização dos direitos previstos pela Constituição Federal. É dessa forma que tem se verificado a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas, ou seja, trata-se de uma incumbência excepcional, justificada pela omissão ou por uma atuação insuficiente dos Poderes competentes, que possa comprometer a integridade ou obstar um direito social constitucionalmente garantido⁶³. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que “os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção”, mas também um “postulado de proteção” e uma “proibição de proteção insuficiente”⁶⁴.

Por fim, retoma-se a ideia de que a atuação do Judiciário no controle de políticas públicas, enquanto medida excepcional, deve estar pautada nos parâmetros traçados pela própria Constituição, que servirá como seu fundamento e como seu limite. A partir daí, é possível se afirmar que a possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas aqui defendida só poderá ser verificada, contudo, com a análise do caso concreto⁶⁵, quando, a partir da situação, verificar-se-á se se trata de uma concretização de um direito previsto (e, portanto haverá a vinculação dos Poderes Públicos) ou se, de fato, se trata de uma atuação dentro dos parâmetros da discricionariedade administrativa (quando, então, não poderá haver o controle, sob pena de ferir a separação dos poderes).

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45. Relator: Ministro Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 07 out. 2010.

62 Ibidem.

63 Ibidem; Idem. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 734.487. Relator: Ministra Ellen Gracie. 03 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 fev. 2012.

64 Idem. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 (Decisão da Saúde). Relator: Ministro Gilmar Mendes. 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 fev. 2012.

65 O entendimento do STF é no mesmo sentido: “não procede a alegação de temor de que esta decisão sirva de precedente negativo ao Poder Público, com possibilidade de ensejar o denominado efeito multiplicador, pois a análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida”. Idem. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 (Decisão da Saúde). Relator: Ministro Gilmar Mendes. 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 fev. 2012.



5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi o de demonstrar que o controle jurisdicional está legitimado em razão de que as políticas públicas visam realizar direitos fundamentais sociais. Em razão disso, é preciso que existam mecanismos que possam controlar as atividades dos Poderes Públicos quando suas atividades envolverem a questão relativa à efetivação de direitos fundamentais sociais, já que esses direitos se encontram em uma posição central no sistema jurídico, de maneira que podem servir de fundamento à própria existência do Estado Democrático de Direito. Assim, pelo que se verificou, a atuação do Judiciário no controle de políticas públicas é excepcional e os limites dessa atuação (assim como ela própria) se encontram vinculados ao conteúdo e às exigências materiais trazidas pela Constituição Federal. O que não pode ocorrer é uma atuação desmedida do Judiciário, sem motivação racional da decisão, quando, então, se estaria defronte a um ativismo judicial prejudicial ao sistema jurídico.

Assim, o que se pode afirmar é que o Judiciário tem assumido uma posição mais ativa no que diz respeito às políticas públicas, de forma que se pode falar em uma atuação indutora desse Poder na criação das políticas públicas. Isso porque, em razão de estar sendo chamado a atuar, a analisar a omissão do Estado ou a sua atuação ineficiente, quando se refere a direitos sociais, o Judiciário tem determinado a criação de políticas públicas. Defende-se que essa atuação está, muito mais, visando ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito e ao cumprimento dos objetivos fundamentais da República, do que ao atingir o princípio da separação dos poderes presente na federação. Isso porque, com essa atuação, o Judiciário está a proteger o povo, de forma que há uma legitimação social dessa conduta, já que, mais do que uma atividade jurídica, a decisão judicial provocará mudanças na sociedade e, ainda que se refira a uma situação concreta pretensão individual, muitas vezes, seu reflexo será em toda a sociedade a criação da política pública beneficiará a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 05 agosto 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45. Relator: Ministro Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 07 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 (Decisão da Saúde). Relator: Ministro Gilmar Mendes. 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 fev. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 734.487. Relator: Ministra Ellen Gracie. 03 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.



www.stf.jus.br. Acesso em: 02 fev. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 639.337. Relator: Ministro Celso de Mello. 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 fev. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 367432**. Relator: Ministro Eros Grau. 20 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 fev. 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, n. 21, jun. 2000. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 16 jun. 2011.

GRIMM, Dieter. *Constitutionalismo y derechos fundamentales*. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

_____. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. Direitos fundamentais, jurisdição constitucional e democracia: origens, fundamentos e controvérsias. In: GORCZEVSKI, C.; REIS, J.R. *Constitutionalismo Contemporâneo: direitos fundamentais em debate*. Porto Alegre: Norton, 2005.

_____. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*: anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. v.1,t.1.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Dignidad Humana. In: TAMAYO, Juan José (Org.). *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Estella: Verbo Divino, 2005.

MASSA-ARZABE, Maria Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: *Novos Estudos*, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000.



MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J.R.; LEAL, R.G. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SEGADO, Francisco Fernández. Constitución y valores. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. In: SCHÄFER, Jairo (Org.). *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

_____. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. *Sociologias*, Porto Alegre: UFRGS, n. 16, p. 20-45, jul/dez. 2006.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TUSHNET, Mark. The United States of America. In: DICKINSON, Brice. *Judicial activism in Common Law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007.



A VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES PARA O SEU ENFRENTAMENTO EM PORTO ALEGRE

*Monique Soares Vieira*¹

*Claúdia Machado*²

1 INTRODUÇÃO

O enfrentamento à violência sexual infanto-juvenil está diretamente relacionado à compreensão deste fenômeno a partir da historicidade dos seus aspectos socioculturais e econômicos, que o engendram na dinâmica da sociedade. Requer, portanto, destacar as suas múltiplas dimensões, apreendendo-o como uma questão que transpassa as barreiras da família, comumente restringido nas situações de abuso sexual contra crianças e adolescentes. Nesse sentido, torna-se necessário estender a sua discussão e enfrentamento para o espaço público, por meio da articulação entre os poderes públicos e a sociedade civil, nos processos de conhecimento das diversas faces da violência. Além disso, é imprescindível a conscientização e sensibilização da população e do Estado para o enfrentamento, sob a forma de denúncia, organização do coletivo, ações sociais e políticas públicas.

A violência sexual infanto-juvenil não acomete apenas o contexto brasileiro, é um fenômeno mundial, presente em todas as sociedades e classes sociais, considerado por isso um fenômeno transversal, apresentando múltiplas dimensões que complexificam o seu enfrentamento, bem como a compreensão acerca do seu acometimento. O enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes requer um movimento que leve a sociedade civil a uma organização voltada para a coletividade, compreendendo, dessa forma, o real significado de se trabalhar em *rede* para o combate dessa expressão tão cruel que assola inúmeras crianças e adolescentes brasileiros.

Requer pensar na conscientização, sensibilização e mobilização popular para que as ações de prevenção tenham o real impacto esperado. O alargamento da *participação social* deve aparecer como fator imprescindível para a construção de uma nova cultura, que rompa com posturas machistas e principalmente supere os processos de desigualdade e exclusão geradores de diversas manifestações da violência, sobretudo a proferida contra crianças e adolescentes.

1 Assistente Social da Política de Proteção Social Especial de Média Complexidade do município de Cachoeirinha/RS. Mestranda em Serviço Social pelo Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da PUCRS. Contato: moniquesvieira@hotmail.com

2 Pedagoga. Doutoranda em Educação pelo Programa de Pós-Graduação em Educação da PUCRS. Contato: claudiamachado@smgl.prefpoa.com.br



A complexidade da violência sexual contra crianças e adolescentes exige uma compreensão crítica e aprofundada da sua multidimensionalidade, assim o seu enfrentamento exige ações públicas eficazes e capazes de garantir a proteção integral a esse segmento da sociedade tão vulnerável. A participação social atua como base para a garantia da implementação de políticas públicas consolidadas com a perspectiva protetora, rompendo com a burocratização, estigmatização e fragmentação para o acesso e oferta dos serviços às vítimas e a suas famílias.

O objetivo central deste estudo é promover uma contextualização crítica das ações desenvolvidas pelo Comitê Municipal de Enfrentamento à Violência e à Exploração Sexual contra Crianças e Adolescentes (EVESCA) de Porto Alegre, buscando assim fortalecê-lo como espaço de discussão e organização da sociedade civil, no que tange às ações de combate à violência sexual infanto-juvenil. Nesse sentido, o presente trabalho pretende ser um instrumento que propicie um processo reflexivo gerador de debates que ampliem a organização do coletivo para ampliação de políticas públicas protetoras dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

O presente artigo está estruturado da seguinte forma: primeiramente apresenta-se o referencial teórico que embasou a reflexão sobre o processo de mobilização social que acontece no espaço da sociedade brasileira, a partir da década de 1980, e que resulta na visibilidade da violência sexual contra crianças e adolescentes, como uma grave violação de direitos humanos.

Em um segundo momento, apresenta-se o processo metodológico que permeou a execução da pesquisa, que teve enfoque qualitativo, buscando assim ultrapassar as meras aproximações quantitativas, trazendo à luz do debate algumas implicações que transcendem os resultados numéricos. Em um terceiro momento, apresenta-se a análise crítico-reflexiva dos dados coletados, por meio da pesquisa documental e da observação assistemática, com o intuito de contextualizar os desafios, limites e avanços das ações que atualmente vêm sendo desenvolvidas pelo EVESCA em Porto Alegre.

2 A CONSTRUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL PARA O ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTO-JUVENIL: QUESTÕES PARA O DEBATE CONTEMPORÂNEO

A contextualização da violência sexual contra crianças e adolescentes requer compreendê-la dentro de uma estrutura social calcificada por valores conservadores e machistas que reafirmam a violência sexual como fator natural às relações sociais e familiares que se estabelecem na sociedade contemporânea. Nesse contexto engessado por valores conservadores que legitimam os crimes sexuais contra as crianças, é que se constroem as novas formas para o seu enfrentamento. O protagonismo da sociedade civil brasileira, iniciado principalmente na década de 1980, revela a ruptura com a passividade e a omissão, sob qual a questão da violência sexual vinha até então assumindo na agenda e no espaço público no Brasil.

Muitas mudanças ocorrem no contexto jurídico, político e social brasileiro nessa década, com a construção de novos instrumentos legais no país, trazendo consigo um novo olhar para a infância e a juventude sexualmente vitimizada, historicamente invisibilizada pela cultura conservadora que segregava as vítimas e suas famílias



ao isolamento social. O enfrentamento às expressões de violação dos direitos da infância e juventude não emerge sozinho. É processo de diversas transformações societárias que acontecem no Brasil, impreterivelmente com a redemocratização do país na década de 1980, possibilitando a ampliação da discussão do monopólio da violência contra as crianças.

Instaurou-se, no Brasil, a partir de 1988 e 1990, uma nova era dos direitos da criança e do adolescente. Vencia-se, na última década do século XX, a primeira etapa de um longo processo de transformação social que perdura até os dias atuais. A nova lei provocou mudanças radicais na política de atendimento à criança e ao adolescente, com a criação de instrumentos que viabilizam o atendimento e a garantia dos direitos assegurados àqueles que ainda não atingiram os dezoito anos (AZAMBUJA, 2004, p. 53).

A Constituição Federal de 1988 consolida a luta de parcela da sociedade civil, que esteve envolvida na defesa e na ampliação dos direitos da infância e juventude, que por meio do acompanhamento das tratativas legais que se estabeleciam em âmbito internacional, redirecionaram o olhar do poder público e da própria sociedade para esse segmento social. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) sinaliza o marco para a proteção da infância e juventude no Brasil, ao ultrapassar a concepção estigmatizadora e punitiva do antigo Código de Menores de 1927, reformulado em 1979, em pleno contexto da ditadura militar. Na contracorrente, das diretrizes dispostas pelo antigo Código, o ECA traz em sua redação os seguintes princípios gerais:

a) A criança e o adolescente como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; b) A garantia - por meio de responsabilidades e mecanismos amplamente descritos - da condição de sujeitos de direitos fundamentais e individuais; c) Direitos assegurados pelo Estado e conjunto da sociedade como absoluta prioridade (BAZÍLIO, 2008, p.23).

A proposta inovadora do Estatuto da Criança e do Adolescente constitui, segundo Vogel (2009), uma mudança jurídica, político-administrativa e social, e, portanto, um desafio. O sucesso das diretrizes do ECA possui uma interface com a implementação de outros mecanismos que materializem os direitos dispostos na lei, como a implementação de políticas públicas sociais, que visam, de acordo com Pereira (2008, p.95), “concretizar direitos sociais conquistados pela sociedade e incorporados nas leis”.

Desse modo, os direitos sociais, segundo a autora, somente têm aplicabilidade por meio de políticas públicas, que operacionalizam serviços, programas e projetos capazes de atuar tanto no atendimento às vítimas e a suas famílias, mas, sobretudo na prevenção das situações de violência sexual, adequando as suas ações à realidade social dos sujeitos a que se destina. O Brasil na materialização desses direitos, segundo Rizzini e Pilloti (2009, p.323), ocupa:

[...] uma posição de vanguarda no ordenamento jurídico da



problemática infanto-juvenil. Aprovou uma das leis mais avançadas do mundo – o Estatuto da Criança e do Adolescente - fruto da participação popular sem precedentes na história da assistência à infância. A nova lei pretendeu garantir os direitos básicos de crianças e adolescentes de qualquer origem social, com absoluta prioridade. Desse modo, intentou-se romper com a ótica e prática estigmatizantes e excludentes que incidiam, em ampla escala, sobre a infância pobre, objeto precípua das políticas de controle social, exercitadas com o auxílio de asilos, preventórios, internatos, patronatos [..].

O governo e a sociedade brasileira avançaram bastante desde a entrada das questões relacionadas ao abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes na agenda Política Nacional, no início da década de 1990. Vivarta (2004) considera que as organizações, sejam elas governamentais ou não governamentais, já compreenderam que a característica multifacetada do fenômeno da violência demanda a adoção de estratégias descentralizadas, contudo integradas, nos níveis local, nacional e internacional, uma vez que:

No contexto histórico da luta pelo estabelecimento da democracia e da cidadania, mobilizada em torno do Movimento Constituinte de meados dos anos 80, surgem várias iniciativas no seio da sociedade civil, apontando soluções para questões que exigiam mudanças nos paradigmas legais, culturais e político, com destaque para a questão da violência e desigualdade de gênero, a desigualdade racial, a desigualdade regional e em especial à questão dos direitos da criança e do adolescente (BRASIL, 2006, p.14).

A discussão acerca da violência sexual contra crianças e adolescentes no contexto brasileiro endossa no país, a partir dos anos de 1990, com a participação do Brasil no I e II Congresso Mundial contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes, respectivamente realizados em 1996, em Estocolmo na Suécia, e depois em 2001, em Yokohama, no Japão. A partir dessa participação, a violência sexual infanto-juvenil começa a fazer parte da agenda política nacional, sendo materializada pela elaboração do Plano Nacional de Enfrentamento a Violência Sexual Infanto-Juvenil ³, em 2000, sinalizando uma nova perspectiva para as crianças e adolescentes sexualmente vitimizados.

O Plano Nacional de Enfrentamento a Violência Sexual Infanto-Juvenil é um conjunto de diretrizes que configuram a política para atendimento ao segmento infanto-juvenil vitimizados pelas violências sexuais. Desta forma, os Planos Estaduais e Planos Municipais vão consolidar as diretrizes nacionais considerando a descentralização e a participação como fundamentos para a execução de políticas públicas de responsabilidade compartilhada entre as três instâncias de poder: União, Estado e Município (BRASIL, 2006, p.24-25).

3 O Plano Nacional de Enfrentamento a Violência Sexual Infanto-Juvenil é balizado por diretrizes que acometem seis eixos estratégicos: Análise Situacional; Mobilização e Articulação; Defesa e Responsabilização; Atendimento; Prevenção e Protagonismo Infanto-Juvenil (BRASIL, 2001).



A municipalização das ações propostas pelo Plano Nacional encontra-se como uma estratégia para enfrentar a violência sexual contra crianças e adolescentes. O município atua, assim, como base operacional para a implementação do Plano Nacional. Por isso, a municipalização, na perspectiva deste dispositivo, pretende tornar mais próximos as entidades de atendimentos e as demandas locais, em busca da efetiva afirmação da cidadania da população infanto-juvenil e de suas famílias.

A participação da sociedade civil é ampliada com a municipalização das ações, uma vez que aproxima as discussões sobre a violência sexual com a realidade social das comunidades. Cyrino (1993, p.226) considera que municipalizar “é permitir, por força da descentralização política, que determinados serviços, quanto à sua execução, e determinadas decisões políticas possam ser tomadas dentro do município”, por isso, a participação social é compreendida:

[...] como um processo de vivência que imprime sentido e significado a um grupo ou movimento social, tornando-o protagonista de sua história, desenvolvendo uma consciência crítica desalienadora, agregando força sociopolítica a esse grupo ou ação coletiva, gerando novos valores e uma cultura política nova (GOHN, 2008, p.31).

O Brasil tem caminhado para o fortalecimento da participação social constituída no âmbito local, por meio da consolidação dos Conselhos de Direitos e de Comitês para o enfrentamento à violência. Muitos são os avanços, contudo os desafios fazem-se presentes no cotidiano da organização dessas discussões e ações. A participação social assume lugar essencial para o fortalecimento das ações de combate aos crimes sexuais.

Souza (1993) considera que a participação é um processo dinâmico e contraditório que envolve a reflexão dos indivíduos acerca dos desafios sociais incitando o seu enfrentamento, a partir da construção de estratégias no âmbito da coletividade. Nesse sentido, é imprescindível compreender que a participação da sociedade civil na tomada de decisões interliga-se fundamentalmente à descentralização das ações, apreendendo que:

A descentralização e a municipalização, como consolidação democrática, estão sempre ligadas à participação e mostram que a força da cidadania está no poder local, pois é no município que o cidadão nasce, vive e constrói sua história, é no município que as situações, de fato, acontecem e onde o cidadão fiscaliza e exercita o controle social (BRASIL, 2006, p.23).

Nessa direção, as políticas públicas de acordo com Pereira (2009) requerem, além da participação ativa do Estado, o *controle da sociedade*, no processo de planejamento e execução dos procedimentos e metas que são voltados para a satisfação das necessidades sociais básicas evidenciadas no cotidiano dos sujeitos. Por isso, a política ao envolver o termo *público* não se situa estritamente ao âmbito estatal. Sua dimensão ultrapassa os limites do Estado ainda que seja na esfera pública estatal “que se asseguram direitos, da promulgação à garantia do acesso, e as sanções cabíveis pelo descumprimento dos direitos já normatizados e institucionalizados” (GOHN, 2008, p. 30).



As políticas públicas, ao sinalizarem a articulação entre Estado e sociedade civil, concedem aos sujeitos um espaço de luta pela defesa e ampliação de seus direitos sociais e a efetivação da cidadania plena. Existem diversas formas de organização da participação da sociedade nos campos de disputas, dentre elas estão os sindicatos, os movimentos sociais, as associações, os conselhos gestores e de direitos e outras organizações sociais. A participação é um movimento que conduz a sociedade à democracia, uma vez que a integração social dos sujeitos nos processos decisórios desmonta posturas autoritárias. Desse modo:

A tarefa de enfrentar a violência doméstica, o abuso e a exploração sexual de meninos e meninas tem sido um grande desafio para formuladores e gestores de políticas públicas no Brasil e no mundo. Por serem fenômenos multifacetados, essas modalidades de violência devem ser prevenidas e combatidas com um conjunto de ações interligadas em várias áreas de atuação. Também é imprescindível a participação ativa dos agentes governamentais nas três esferas de poder: federal, estadual e municipal, além de ser fundamental o envolvimento da sociedade civil organizada. Outro fator relevante é a conscientização de toda a população sobre a gravidade dessas questões, pois não é possível combatê-las sem que haja um trabalho de mudança cultural (MOURA et.al, 2008, p.36).

No que tange à organização da sociedade civil brasileira, no combate à violência sexual contra crianças e adolescentes, é de suma importância pontuar algumas ações que vêm sendo desenvolvidas, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais, assim como consolidar políticas públicas em prol do enfrentamento às manifestações da violência sexual.

Dentre tais ações, pontuam-se as mobilizações sociais materializadas pelas organizações e movimentos de defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes que acontecem em todo o Brasil, em especial no dia 18 de maio, por meio de passeatas, seminários e debates. Esses movimentos possuem o objetivo de chamar a atenção de toda a sociedade para o crime acontecido no ano de 1973, conhecido como crime Araceli,⁴ marco na luta contra a violência sexual que atinge milhares de meninos e meninas em todo o país.

O caminho percorrido no Brasil para a garantia dos direitos da infância e juventude sinaliza muitos avanços. No entanto, há muitos desafios a serem superados para a erradicação das situações de violência sexual. O Plano Nacional é sem dúvida um instrumento legal de suma importância para a garantia da proteção integral das crianças e dos adolescentes sexualmente vitimizados. Além disso, o referido documento não sinaliza apenas o atendimento às vítimas e a suas famílias, quando seus direitos já foram violados, mas também a prevenção, o engajamento da sociedade civil nos processos de mobilização e combate à violência sexual.

Também é imprescindível pontuar que o Plano Nacional dispõe acerca da

4 A menina foi estupidamente martirizada no dia 18 de maio de 1973, em Vitória, no estado do Espírito Santo. Foi espancada, estuprada, drogada e morta numa orgia de drogas e sexo. Sua vagina, seu peito e sua barriga tinham marcas de dentes. Seu queixo foi deslocado com um golpe. Finalmente, seu corpo – o rosto, principalmente – foi desfigurado com ácido (ARGEMIRO, 2008).



responsabilização dos agentes causadores da violência. Busca-se, com isso, ultrapassar não só o caráter estritamente punitivo e estigmatizador, mas atuar no seu processo de ressocialização, disponibilizando a esses sujeitos a garantia de seus direitos, através de atendimentos qualificados, que repercutam na superação dos crimes sexuais, evitando assim a reincidência dos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes.

3 O CAMINHO METODOLÓGICO

O presente estudo foi construído a partir de uma pesquisa com enfoque qualitativo, no ano de 2012, que objetivou desvendar as ações que o Comitê Municipal de Enfrentamento a Violência e Exploração Sexual contra Crianças e Adolescentes, da cidade de Porto Alegre, vem desenvolvendo para o enfrentamento desta expressão da violência. A construção das reflexões, ora explanadas neste trabalho, são frutos de um processo metodológico contemplado pela análise do acervo documental do EVESCA

A apreciação desses documentos teve o intuito de analisar a estruturação dos objetivos e das metas a serem alcançados pelo município neste ano, buscando identificar as estratégias e os desafios encontrados pelo Comitê Municipal para a sua materialização. Também se utilizou a observação assistemática, como técnica de pesquisa, de suma importância para obtenção de informações de determinados aspectos da realidade que emergem durante a observação, não possuindo, portanto, um roteiro predeterminado.

A observação acontecerá durante as reuniões mensais do Comitê Municipal durante o ano de 2012, buscando apreender o movimento de organização, mobilização, sensibilização e conscientização dos sujeitos participantes do Comitê, assim como as dificuldades, avanços e desafios presentes no enfrentamento à violência sexual.

4 ALGUNS AVANÇOS, MUITOS DESAFIOS: O ENFRENTAMENTO A VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTO-JUVENIL NA CIDADE DE PORTO ALEGRE

O desvendamento e a interpretação das determinações que influenciam a produção e a reprodução da violência sexual exige que se penetre em seu interior, ultrapassando, desse modo, a constatação imediata. Por ser um fenômeno multideterminado, são diversos os fatores que incidem para o seu aparecimento na sociedade: psicológicos, econômicos, culturais, sociais, etc. O seu enfrentamento é complexo e as ações devem ser capazes de ir ao encontro das suas múltiplas faces.

A relação entre as suas múltiplas determinações concede à violência sexual um caráter de complexidade. Portanto, reduzir o fenômeno a apenas uma de suas determinações é reforçar a cultura de que o seu aparecimento acontece somente nas famílias empobrecidas, que o agente da violência é um monstro, doente, tarado, e que a violência é fator inerente às relações interpessoais, e assim por diante.

A perpetuação das situações de violência sexual alimenta-se principalmente do medo, do constrangimento, da vergonha, especialmente da ausência de informações corretas em como proceder diante dos casos. As famílias, e sobretudo as vítimas,



veem-se coagidas a não denunciar, seja pelo medo, diante das ameaças do abusador, seja pelo receio do estigma advindo após a revelação do segredo. A cultura machista e conservadora reforça esses sentimentos, inibindo, assim, o rompimento com o ciclo da violência. Os casos de violência sexual intrafamiliar podem perdurar até muitos anos, sem que ninguém tome conhecimento.

O desencorajamento das vítimas em denunciar é um dos principais obstáculos a ser enfrentado pelo Poder Público e pelas organizações da sociedade civil, em especial pelo Comitê Municipal, foco deste estudo. A mobilização social é um processo com muito impacto para a desmistificação dessa expressão violência; contudo, exige um apurado senso de penetração no cotidiano da população.

As ações de mobilização social devem pautar não somente a divulgação de informações, mas principalmente a estruturação de estratégias destinadas à compreensão dessas informações pela população. Não basta oferecer informações, se não for adotada uma alternativa que conceda aos sujeitos um entendimento, capaz de sensibilizar e conscientizar sobre as situações de violência sexual. Uma população sensibilizada e politizada acerca dessas questões fortalece e legitima as ações de enfrentamento, uma vez que se encontra engajada e reconhecida na luta.

Para que um indivíduo ou um grupo possa dar sentido à sua participação numa ação social, ele tem que decodificar o significado do que está em tela, em termos do conteúdo das mensagens implícitas, determinar quem é o emissor e o receptor, que universos simbólicos contêm, que valores defendem ou rejeitam. [...] quando os significados são desvelados, eles produzem estímulos e geram respostas, discursivas e gestuais, ou ações coletivas e movimentos; criam-se processos identitários, individuais e coletivos (GOHN, 2008, p.31).

O desafio para a implementação do Plano Nacional no âmbito municipal, é acompanhar e mobilizar as forças sociais locais para a efetivação de uma atenção integral às crianças vítimas e a suas famílias. A constituição de um Comitê Municipal é uma exigência desse dispositivo, como principal instrumento de monitoramento e avaliação das ações desenvolvidas em âmbito local. Por isso, o Plano Municipal é considerado a “peça fundamental no enfrentamento à violência sexual infanto-juvenil, e sua elaboração deve ser fruto da mobilização e articulação de diversos atores/instituições para garantir a sua implantação de forma efetiva” (BRASIL, 2006, p.17). O Comitê Municipal assume função essencial para garantir a integração das políticas públicas sociais, bem como chamar à responsabilidade as instituições governamentais e mobilizar a sociedade para o combate da violência sexual.

Na busca, pela consolidação das diretrizes dispostas pelo Plano Nacional e comprometendo-se com o enfrentamento à violência sexual é que, no dia 06 de janeiro de 2011, foi instituído na cidade de Porto Alegre o Comitê Municipal de Enfrentamento à Violência e Exploração Sexual contra Crianças e Adolescentes (EVESCA). Essa instituição, em conformidade com as diretrizes nacionais, tem a finalidade de monitorar, avaliar e implementar o Plano Municipal⁵ de Enfrentamento da Violência e Exploração Sexual contra Crianças e Adolescentes, na cidade de Porto

5 O Plano Municipal da cidade de Porto Alegre encontra-se em construção, envolvendo os atores sociais que compõem o EVESCA.



Alegre.

O Comitê Municipal possui composição paritária entre representantes do Poder Público⁶ e da sociedade civil, assegurando, desse modo, a participação da sociedade nos processos participativos e de tomada de decisão no que se refere à área da violência sexual infanto-juvenil. O Comitê Municipal representa um avanço nessa luta, ao possibilitar a ampliação do debate, buscando articular a sociedade e as entidades sociais responsáveis pela atenção às vítimas e a suas famílias. Por isso, Vivarta (2003, p.63) considera que:

O enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes necessariamente integra um processo amplo de resgate da cidadania, de construção de políticas públicas abrangentes de proteção social e de segurança pública, fundamentais para conter o processo de exclusão social e de abandono das populações socialmente vulneráveis, além de coibir e punir o tráfico.

O EVESCA busca, por meio das suas ações, constituir-se como um espaço de fortalecimento da participação social e de construção de uma nova cultura pautada na ruptura, com valores que legitimam a violência contra crianças e adolescentes. As ações⁷ desenvolvidas pelo EVESCA situam-se principalmente no processo de monitoramento, avaliação e implementação do Plano Municipal de Enfrentamento à Violência Sexual Infanto-Juvenil. Contudo, essas ações não se restringem somente a este processo, busca mobilizar os governos para inserirem as ações do Plano Municipal no orçamento Plurianual do município, evidenciando nesse sentido a preocupação com a continuidade das ações de enfrentamento à violência a sexual.

As ações de enfrentamento, propostas pelo EVESCA, situam-se impreterivelmente na mobilização, sensibilização e conscientização da população a respeito da violência sexual e, sobretudo, acerca do reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos. Dentre os grandes desafios a serem enfrentados pelo Comitê Municipal está o fortalecimento da rede de proteção local, desmitificando a perspectiva individualista e focalizada dos atendimentos, buscando estabelecer uma aliança entre os diversos atores, articulando sujeitos, horizontalizando as relações.

As organizações sociais que atuam no campo infanto-juvenil, mais uma vez acompanham as tendências que vêm se estruturando no Brasil e na nova ordem democrática, agregando a estratégia de organização das Redes de Proteção como formas de articular, mobilizar e prestar atendimento qualificado, ampliado e legitimado aos processos de intervenções sociais, que representam situações de vulnerabilidade e/ou risco social, ambiental e pessoal para a criança e o adolescente (BRASIL, 2006, p.14).

6 O Comitê Municipal é composto pelos representantes das seguintes secretarias municipais: Coordenação Política e Governança Local (SMGL); de Educação (SMED); de Juventude (SMJ); de Turismo (SMTUR), de Produção, Indústria e Comércio (SMIC); de Direitos Humanos e Segurança Urbana (SMDHSU); de Saúde (SMS); da Fundação de Assistência Social e Cidadania (FASC).

7 Dentre as diversas ações desenvolvidas pelo EVESCA, pode-se destacar: caminhadas alusivas ao dia 18 de maio, seminários, palestras e encontros para o debate da violência sexual, construção de folders, panfletos, camisetas para a conscientização da população e campanhas educativas nas escolas públicas acerca da prevenção e identificação das situações de violência sexual.



A realidade encontrada pelo Comitê Municipal no atual contexto de suas ações é a fragilidade de mobilização da rede local, em que as instituições possuem excessiva demanda, não estando em vista disso, presentes em todas as decisões. Além disso, outra dificuldade corresponde à ausência de uma cultura participativa na sociedade civil, para que esta se perceba como ator no enfrentamento à violência sexual. A construção da participação é um processo que requer um movimento contínuo de sensibilização e conscientização da população sobre os crimes sexuais.

Historicamente a cultura machista, que legitima as relações de opressão entre homem e mulher, adulto e criança, reforçam percepções discriminatórias e de passividade diante a violência sexual contra crianças e adolescentes. São inúmeros os desafios que se fazem presentes para que as ações de enfrentamento à violência se materializem, e a sociedade civil possa atuar como protagonista nos processos decisórios.

Contudo, são diversos os avanços conquistados pelo Comitê Municipal. Dentre eles, destaca-se a visibilidade da violência sexual como grave violação de direitos fundamentais, representando um marco na sociedade civil da cidade, ao inserir, na pauta da discussão das entidades governamentais, os crimes sexuais. Além disso, a instituição do Comitê Municipal sinalizou a elaboração de estratégias, a partir da perspectiva do coletivo, agregando, assim, Poder Público e sociedade civil. O Quadro a seguir sistematiza os resultados encontrados pela pesquisa documental e pela observação, buscando elencar os principais desafios, limites e avanços que se fazem presentes no cotidiano das ações do EVESCA.

Quadro 1: Desafios, Limites e Avanços do EVESCA Porto Alegre

DESAFIOS	LIMITES	AVANÇOS
Fortalecimento da Participação Social	Fragilidade da Rede de Proteção Local	Organização de Espaços Participativos e de Discussão
Rompimento com a Cultura Machista	Inexistência de Rubrica Própria	Municipalização das Ações
Fortalecimento do Protagonismo Infante/Juvenil	Ausência de uma Cultura Participativa	Construção Coletiva de Propostas de Enfrentamento
Construção de uma Cultura Participativa	Disputa de Interesses e de poder	Sensibilização da Sociedade Civil
Criação de Mecanismos Democráticos para a ampliação da Participação	Pouca Participação da Sociedade Civil	Visibilidade da Violência Sexual como Violação de Direitos

Fonte: Sistematização das autoras

A análise crítico-reflexiva das ações desenvolvidas pelo EVESCA sinaliza alguns desafios a serem enfrentados, mas, sobretudo, evidencia avanços no que diz respeito à organização de um espaço público para a participação social. O fortalecimento



da municipalização e conseqüentemente a participação popular para o combate dessa expressão da violência sinaliza a construção de propostas participativas da sociedade civil, buscando *in loco* fortalecer a participação como fator imprescindível para a ampliação da cidadania ativa dos sujeitos e democratização dos processos decisórios.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As redes de enfrentamento à violência sexual (Poder Público e Sociedade Civil) são instrumentos angulares para a proteção da população infanto-juvenil. Essas ações articuladas buscam, por meio da oferta de serviços e políticas públicas, o rompimento das situações de violência, assim como o fortalecimento das famílias. Para o enfrentamento desse fenômeno é imprescindível a ruptura com padrões civilizatórios e societários calcados em um atendimento fragmentário e concepções que reforçam perspectivas discriminatórias em torno da violência sexual.

A ampliação dos espaços participativos é expressão do desenvolvimento da cidadania ativa, em que os sujeitos não se restringem apenas a ser portadores de direitos, mas são também fundadores de novos direitos sociais, buscando responder às demandas geradas pelas contínuas mudanças da vida social. A participação da sociedade civil no enfrentamento à violência sexual é um elemento de suma importância para o fortalecimento da mobilização social, que atua diretamente na conscientização da população na perspectiva da informação e do conhecimento para se proceder diante das situações de violência sexual.

A participação busca romper com os obstáculos que engendram o acesso das entidades responsáveis para o atendimento à violência sexual, no sentido de propiciar uma ruptura com valores, moralmente instituídos pela sociedade que obstaculizam o atendimento. Este receio é processo da construção de mitos, tabus e preconceitos sobre os diversos fatores que envolvem essa manifestação da violência, além do constrangimento das vítimas e da vergonha dos familiares.

A participação da sociedade civil no enfrentamento à violência sexual no Brasil constitui-se como mecanismo para apreender as múltiplas faces que envolvem os crimes sexuais contra crianças e adolescentes. Para tanto, é fundamental o fortalecimento dessa participação, por meio da mobilização e da adesão dos sujeitos no processo de defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, em que a participação social situa-se como estratégia para consolidar as bases necessárias para a construção de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ARGEMIRO, Pedro. **ARACELI**: Símbolo da Luta contra a Violência. Disponível em:

<http://diganaoerotizacaoinfantil.wordpress.com/2007/10/23/araceli-simbolo-da-violencia/>. Acesso em: 20. out. 2008.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual Intrafamiliar**: É possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



AZEVEDO, Maria Amélia. (org). **Infância e Violência Doméstica: fronteiras do conhecimento**. São Paulo: Cortez, 2009.

BAZÍLIO, Luiz Cavalieri. Avaliando a Implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente. IN: BAZÍLIO, Luiz Cavalieri; KRAMER, Sonia. **Infância, Educação e Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

BRASIL. **Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil: Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Criança e Adolescente**. 2002.

BRASIL. **Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil: Uma Política em Movimento**. Brasília: Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Criança e Adolescente. 2006.

CYRINO, Públio Caio Bessa. **Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 1993.

Comitê Municipal de Enfrentamento a Violência e Exploração Sexual contra Crianças e Adolescentes. Disponível em: <<http://evescaportoalegre.blogspot.com>.> Acesso em: 22.01. 2012.

GOHN, Maria da Glória. **O protagonismo da sociedade civil: Movimentos Sociais, ONGs e Redes Solidárias**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

MINAYO, Maria Cecília. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 22. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

MOURA, A. C. A. et al. **Reconstrução de Vidas: como prevenir e enfrentar a violência doméstica, o abuso e a exploração sexual de crianças e adolescentes**. São Paulo: SMADS. SEDES. Sapientae, 2008.

PEREIRA, Potyara A. P. **Política Social: temas e questões**. São Paulo: Cortez, 2009.

RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. **A Arte de Governar Crianças: A História das Políticas Sociais, da Legislação e da Assistência à Infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2009.

SOUZA, Maria Luiza de. **Desenvolvimento de Comunidade e Participação**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1993.

VIVARTA, Veet. **O Grito dos Inocentes: Os meios de comunicação e a violência sexual contra crianças e adolescentes**. São Paulo: Cortez, 2003.

VOGEL, Arno. Do Estado ao Estatuto. Propostas e Vicissitudes da Política de Atendimento à Infância e Adolescência no Brasil Contemporâneo. IN: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. **A Arte de Governar Crianças: A História das Políticas Sociais, da Legislação e da Assistência à Infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2009.



DIMENSÕES DO PODER E POLÍTICAS PÚBLICAS: A NECESSIDADE DE ORGANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS PARA A COGESTÃO DE DEMANDAS PÚBLICAS PARA ATENDIMENTO DO PRESO

*Renato Fioreze¹
Josiane Petry Faria²*

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do estudo reside em pesquisar, interdisciplinarmente, se as organizações formadas por familiares e amigos de presos são formas aptas e traduzem democraticamente o empoderamento social para a implementação de políticas públicas sociais.

Para tanto, é preciso abordar as relações entre direito e política, enfocando o Estado constitucional, direitos e garantias fundamentais, bem como a crise de relativização marcada pela exclusão de cidadãos. Imprescindível também apresentar uma fundamentação teórica mínima das políticas públicas, sua imprescindibilidade, a participação cidadã e as competências frente aos direitos fundamentais de cidadania.

A partir daí será possível compreender a função do Estado, da sociedade civil e do mercado na crise do Estado Social, bem como as possibilidades de integração dos mesmos para uma mudança de paradigma. Nesse ponto, importará desenvolver o estudo sobre o empoderamento da sociedade civil na promoção e cogestão de políticas públicas para a garantia de direitos de cidadania e para efetivação do Estado constitucional, enfrentando os elementos essenciais da problemática central.

A pertinência da pesquisa, pois, constata-se face à insuficiência das estruturas de representação direta da sociedade, que inquietam e promovem desagregação da mesma, quer direta, já que os fenômenos decorrentes da prisionalização acabam por afetar os familiares de presos e suas relações, ou indiretamente, uma vez que o problema da negativa dos direitos fundamentais ao preso efetivamente depõe contra o corpo social, traduzindo-se em situação comum. Aferir a ausência ou deficiência de políticas públicas, baseadas na condição de humano que alcança a todos os indivíduos, mostra-se necessário, inclusive apontando a solidariedade como elo de integração e expressão dessas organizações, por meio de políticas públicas e consequentemente de efetivação integral da jurisdição constitucional.

1 Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual. Professor da Universidade de Passo Fundo. Email: rfioreze@upf.br

2 Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual. Professora da Universidade de Passo Fundo. Email: jfaria@upf.br



2 A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E POLÍTICA CRIMINAL

Na sociedade contemporânea a política criminal traduz um sistema desigual e reproduz os efeitos da desregulamentação da economia e a destruição do Estado social. Tal situação, de crise socioeconômica e crise política do Estado, culmina com o sacrifício da democracia e dos direitos humanos, enfim o Estado Constitucional e Democrático de Direito, onde a ideia vigente de segurança pública atenta contra a própria democracia e os direitos humanos.

A ampliação do rol de direitos, em prol do cidadão na atualidade, faz parecer impossível prever os acontecimentos sociais, dentre eles complexos laços de convivência, interação através de mecanismos tecnológicos virtuais e perspectiva humana no processo interpretativo, que determinam transformações no mundo da vida em sociedade, marcada pela desagregação e fragmentação sociopolítica, adotando como valor premente nas relações marcadas pelo consumo ³.

A intervenção punitiva baseia-se nos efeitos, não analisando as origens políticas, estruturais e ideológicas dos delitos, desconsiderando a pobreza e a desigualdade social. As tensões daí oriundas ocasionam contradições inerentes ao tecido social, político e econômico da contemporaneidade. A crise socioeconômica é produzida pela forma de reprodução e acumulação do capital no processo de globalização, ocasionando grandes desigualdades.

Em grande parte, essa acumulação ocorre pela globalização do comércio e das finanças, pelo emprego de tecnologias de comunicação com vistas a tornar o capital produtivo flexível e móvel ⁴. Os poderes do Estado tornam-se impeditivos à dita mobilidade, determinando a desconstituição de sua vocação.

O Estado é retirado dos processos de regulação da economia, sendo propagado que tal situação é um benefício à sociedade. Todavia, constata-se que, com o livre mercado e o desenvolvimento tecnológico, o trabalho dos indivíduos torna-se prescindível pela mercantilização, deslocando a relação existente entre poder e política, ficando essa adstrita a localidade geográfica, não afetando a globalização capitalista⁵.

A política oferece um discurso de combate à violência com mais violência, mantida pela estrutura estatal e apoiada pela sociedade onde é incutida a ideia de excluir os inimigos.

3 A SEGREGAÇÃO PUNITIVA E CIDADANIA

O sistema acena com a segregação punitiva, propondo encarceramento em grande escala e a estigmatização penal, buscando a união da sociedade diante

3 SCHMIDT, João Pedro. O novo Estado, o público não estatal e as instituições comunitárias. in *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneo*, 9. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009, p. 2785-2789.

4 DE FARIAS, Flávio Bezerra. *A globalização e o estado cosmopolita: as antinomias de Jürgen Habermas*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 62-69.

5 SANTOS, Milton. *Território e sociedade – entrevista com Milton Santos*. São Paulo: Perseu Abramo, 2004, p.22, 30, 33.



de um inimigo, que acaba sendo localizado entre os membros mais vulneráveis da sociedade, já que a violência na sociedade é entendida como “fenômeno marginal e patológico”⁶. Essas diretrizes acabam por desvirtuar as atribuições do Estado e das instituições democráticas em sacrifício aos direitos fundamentais.

Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais devem ceder (...) frente a supremacia do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. Inicialmente há que se compreender que tal reducionismo (público-privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais, que não comportam mais essa dualidade cartesiana. Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, público, se preferirem).⁷

Tais situações não permitem aferir claramente os efetivos problemas, a fim de oferecer políticas públicas vinculadas à democracia e aos direitos fundamentais.

Juarez Cirino dos Santos, na mesma linha, diz que a retribuição do crime nas sociedades capitalistas demonstra seletividade no direito penal, primando pelos interesses das classes sociais dominantes, reprimindo de forma seletiva as “classes sociais subalternas (...) conforme indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza etc., que ativam estereótipos, preconceitos, idiosincrasias e outras deformações ideológicas dos agentes de controle social”, o que determina a criminalização de membros de classes sociais subordinadas, ou seja, indivíduos alijados da participação política e da própria sociedade, onde se estabelece a punição baseada na “relação capital/trabalho assalariado”; no tocante à execução penal a repressão se impõe no mesmo ritmo, isto é, nessa mesma relação busca-se a “imunização legal das elites de poder econômico e político” e a “repressão penal das massas populares de marginalizados do mercado de trabalho e de oprimidos sociais em geral”⁸, havendo reprodução do sistema social desigual.

O advento da modernidade desenvolveu um aparato de vigilância, voltado à população e a suas atividades, sendo direta no caso das prisões, das escolas, dos locais de trabalho e dos hospitais, também implementando-se “técnicas de governamentalidade” em relação a segmentos da população com maior potencial de risco. A ocorrência de um crime impõe a punição assegurada e institucionalizada; assim, “a pena é uma reação passional; um ato de defesa da sociedade; um ato de expiação, proporcional à agressão; um ato executado de forma organizada”⁹.

6 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Sociologia e justiça penal: Teoria e prática da pesquisa sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55.

7 LOPES JR., Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 11.

8 DOS SANTOS, Juarez Cirino. Os discursos sobre crime e criminalidade. Disponível: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf. Acesso em 14 de abril de 2012, p. 21-22.

9 AZEVEDO, op. cit., p. 43, 122, 169.



Os fins propostos para as penas, frente às teorias da pena, e os sistemas penitenciários são formas de manipulação social. O encarceramento e seus procedimentos acabam por produzir crimes, reincidência, reproduzindo o sistema posto, não reabilitando e provocando o fenômeno da “prisionalização”.

A função da pena em neutralizar e excluir tem em seu conteúdo ideológico a premência da globalização econômica e o decorrente domínio e fundamento do mercado, valendo-se do vacilante Estado Democrático de Direito, que representa os interesses da economia política em escala mundial, onde a visão lucro e a produtividade são discursos uníssonos.

A privação de liberdade implica direitos fundamentais. A pena, que já consiste na privação da liberdade, não pode comportar que as circunstâncias da prisão sirvam de punição suplementar.

Pela ocupação do espaço e a modificação desse pelos agentes envolvidos, bem como pelos sintomas sociais, afere-se que o sistema penitenciário é fenômeno urbano¹⁰, do que decorre, da mesma forma, implicações em vários aspectos atinentes a políticas públicas, buscando implementar direitos humanos, sociais, decorrentes do conceito de cidadania.

A cidadania, em sua dimensão ampliada¹¹, determina demandas e manifesta-se reivindicando a atuação governamental, às vezes em contraposição às denominadas forças de concentração, aptas a reduzir em si mesmas os serviços e atividades a determinadas e restritas parcelas do território¹².

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, fundamenta e consolida a opção pelo Estado Democrático de Direito em relação à cidadania. Todavia, há crise conceitual e de efetividade no Estado Democrático de Direito, maculando o próprio conceito de cidadania, já que “há cidadania consolidada e efetivada porque existe sociedade civil organizada, livre, forte, consciente e, sobremaneira, participativa”¹³.

Os atributos da cidadania, dos quais ninguém pode ser alijado, são categorias políticas. Invariavelmente, devem ser balizados pelos direitos humanos e fundamentais, impondo a vocação pública em sua implementação. Contudo, tal implementação, seja pelo desmantelamento ou vulnerabilidade do Estado, impõe à sociedade a responsabilidade pela efetivação da cidadania, determinando também direitos e deveres¹⁴, o que Nietzsche denominou de “integridade burguesa comum, na manutenção de pactos e promessas”¹⁵, solucionando os interesses envolvidos.

O exercício da cidadania não está adstrito à relação entre Estado e mercado,

10 SOUZA, Anderson Barbosa de. Prisões: um novo território. *Revista do Departamento de Geografia da UERJ*, n. 5. Rio de Janeiro: UERJ, 1999, p. 82-84.

11 LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: Cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 182-186.

12 SANTOS, Milton. O retorno do território. In *Território: Globalização e Fragmentação*. SANTOS, Milton.; SOUZA, Maria Adélia A. de e SILVEIRA, Maria Laura (Orgs.) São Paulo: Hucitec/Anpur, 1994, p.13.

13 TERRA, Rosane B. e REIS, Suzete. Consolidação da cidadania: um compromisso de todos. In: *Direito, cidadania e políticas públicas*, III. COSTA, Marli Marlene da; Terra, BARCELOS, Rosane B. M. da R. e RICHTER, Daniela (Orgs.). Porto Alegre: UFRGS, 2008, p.72.

14 TERRA, Rosane B. e REIS, Suzete., op. cit., p. 84-87.

15 NIETZSCHE, Friederich. *Humano demasiado humano*. São Paulo: Cia de Bolso, 2008, 244.



sendo necessário um novo conceito de Estado, onde é destacada a comunidade na edificação da sociedade, já que “la democracia supone mucho más que la consecución de una sólida mayoría en el parlamento”¹⁶. A controvérsia se instala na constatação de que há universalidade nos direitos humanos, mas, frente à própria fragmentação do território nacional e em relação à cidadania (que envolve uma gama variada e variável de direitos correlatos), é necessário uma nova aceção e um novo arranjo social.

4 A PARTICIPAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Nesse cenário, se destaca a atuação dos cidadãos como tal e não na ótica liberal extrema de indivíduos isolados. Aparecem elementos de pressão, dentre eles os movimentos sociais. “[...] Os novos movimentos sociais surgem com uma forma de ruptura, onde o Estado passa a não ser mais o único canal de satisfação das demandas populares, passando novos atores sociais a fazerem parte do espaço político das forças sociais”¹⁷.

As organizações sociais que compõem a comunidade se baseiam em inúmeros vínculos, inclusive na interação mercado-Estado. Para esse protagonismo, a solidariedade constatada na reciprocidade, na confiança e no auxílio recíproco é condição do compartilhamento de atitudes e de percepções, unindo os entes que a compõem na busca de efetivação dos “direitos civis, políticos e sociais e com isso reconfiguram o sentido do privado e do público. As associações, organizações e movimentos dos cidadãos não se limitam a questões localizadas, grupais ou paroquiais, mas revestem-se de um viés público abrangente”¹⁸.

Frente aos valores existentes nas organizações sociais, administrados em processo dialético, se busca recuperar a importância de outras ciências para enriquecer o conhecimento da realidade social visando minimizar a instabilidade contida no Estado Social e Democrático de Direito e otimizando a prática de padrões mínimos de justiça social¹⁹.

De tal forma a efetiva participação impõe-se, até como medida de ampliação de direitos e indispensabilidade na construção da cidadania²⁰, demandando a criação de possibilidades para a efetivação, direta, democrática e envolvente. A atuação pode se manifestar no questionamento, seja por falta de efetividade ou na apresentação de demandas não tradicionalmente previstas.

16 ETZIONI, Amitai, *La tercera via hacia una buena sociedad: propuestas desde el comunitarismo*. Madrid: Minima Trotta, 2001, p. 68.

17 CUSTÓDIO, André Viana; MENDES, Susiane Formentin. Movimentos sociais, novos direitos e democracia. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*, 10, REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 2952-2953.

18 PEROBELLI, Matheus P. e SCHMIDT, João Pedro. Superando a dicotomia público/privado: o comunitário e o público não estatal no Brasil. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneo*, 11. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta Leal (Orgs.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011 p. 152-153, 156.

19 ZAMBAM, José Neuro. *A teoria de justiça em John Rawls – uma leitura*. Passo Fundo: UPF Editora, 2004, 98-99.

20 TERRA, Rosane B. e REIS, Suzete, op. cit, p. 80.



Ainda, conforme Etzioni:

Igualmente clave es reconocer que em uma sociedade donde nadie es rechazado y se trata a todos con idéntico respeto, a todos se les concede el status de fines em sí mismos y, por tanto, todos son capaces de alcanzar su más completo potencial humano. Además, la Idea comunitaria básica – tenemos derechos individuales inalienables y responsabilidades sociales para con los demás – se sustenta em el mesmo principio básico: poseemos al mismo tiempo el derecho a ser tratados como fines y somos llamados a tratar a los demás y a nuestras comunidades del mismo modo.²¹

A participação política determina ao Estado o reconhecimento da pluralidade dos interesses da sociedade, onde as políticas públicas, tanto no aspecto do conceito, como no aspecto de seu ciclo político – da criação até a aferição de seus resultados –²², ficam atreladas aos interesses que se manifestam.

5 A ATIVIDADE DO PRESO, FAMILIARES E AMIGOS NA COGESTÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As formas de representação direta da sociedade, alçadas à condição jurídico-institucional dentro do Estado, são decorrentes de demandas complexas com origem em inúmeros elementos que compõem a existência da população representada, objetivando a realização da cidadania, efetivando a democracia, escapando da interferência do Estado e até distante de conceitos jurídico-formais, mas detendo caráter público²³.

Para a ação política é determinante o engajamento da população no entendimento da problemática de suas condições de vida, na discussão de soluções alternativas, na definição de prioridades, na eleição de estratégias de efetivação de programas e no acompanhamento e na avaliação. De tal forma “os atores sociais ampliam o universo de ação do processo de formulação de políticas públicas, incluindo atores externos ao Estado, buscando resgatar a importância da sociedade civil nas decisões que são de interesse de sua comunidade”²⁴.

Instituído o Estado Democrático de Direito, garante-se a dignidade da pessoa humana para além das proposições do Estado Social, já que premissa a efetivação da cidadania através da efetiva democracia, portanto é fundamental o engajamento

21 ETZIONI, Amitai, op. cit, p. 17.

22 SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneo*, 8. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta Leal (Orgs.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2315-2321.

23 SCHMIDT, João Pedro. Instituições comunitárias e poder local. In *Gestão local e políticas públicas*. HERMANY, Ricardo (Org.). Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p. 132-134.

24 COSTA, Marli da. A transversalidade das políticas públicas na perspectiva de gênero. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*, 11, REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, p. 211.



Estado e sociedade civil, promovendo e protegendo os direitos sociais.

Afirma Amartya Sen que:

Entretanto, embora devamos reconhecer a importância das instituições democráticas, elas não podem ser vistas como dispositivos mecânicos como desenvolvimento. Seu uso é condicionado por nossos valores e prioridades e pelo uso que fazemos das oportunidades de articulação e participação disponíveis. O papel de grupos opositoristas organizados é particularmente importante nesse contexto.²⁵

Frente à necessidade de cumprir a pena determinada, existe a premência da imposição das garantias individuais, verificando-se os direitos do preso no Estado democrático de direito. O cumprimento da pena não pode implicar jamais a perda ou a minimização dos direitos fundamentais, derivando a obrigatoriedade de sua proteção pelo Estado, autoridade administrativa e judiciária, não sendo possível afirmar que, no âmbito da relação penitenciária, exista uma relação especial de sujeição ou que o preso seja visto como alguém sujeito a uma relação especial de poder.

Certo é que existem regramentos específicos afeitos ao preso e à administração, atrelados ao regime de cumprimento da pena e que não atingem a titularidade dos direitos fundamentais, os quais apenas podem ser limitados nos casos expressamente previstos em lei. A relação entre preso e administração só pode ser interpretada com fins de garantia máxima de eficácia constitucional.

Ao Estado impõe-se assegurar o exercício de todos os direitos individuais e sociais firmados por medidas e programas que se adotem durante o cumprimento da pena. Enquanto ao Estado-Juiz, cabe efetivar o controle externo dos atos da administração, na guarda de direitos individuais que detém. Com isso se legitima o Estado de Direito, em tal aspecto, a vinculação ao estrito respeito aos princípios consagrados formalmente na Constituição, destarte entender-se a democracia como aferição de novos direitos e fomentadora da aplicação dos já consagrados.

Na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o mote dos demais direitos e garantias fundamentais, tais como legalidade, igualdade, individualização da pena, do devido processo legal, da humanidade – vida, saúde, integridade física e moral, proximidade dos familiares, intimidade, privacidade, liberdade de expressão, sigilo de correspondência – , a prisão deve ocorrer em condições que assegurem o respeito à dignidade e à igualdade, bem como a vedação à alteração de personalidade, discriminação de ordem social, racial, político-ideológica e religiosa.

Todavia, frente ao que se destaca nos sistemas penais, somado às respostas meramente burocráticas no trato do preso, decorrentes de relação estática de dominação, chega-se à conclusão

de que tanto o espaço público como o espaço privado constituem espécies não excludentes, mas integradoras, de interlocuções polifônicas de múltiplos atores sociais; são espaços tensionais de comunicação e de mobilidade política, em direção ao entendimento,

25 SEN, Amartya . Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010, p. 208.



por mais efêmero que seja ²⁶.

A não efetivação de princípios constitucionais na sociedade contemporânea, refletem negativamente no preso. Entretanto, essas mesmas condições o elevam à situação de protagonismo nos embates pela cidadania. De tal forma, os familiares e amigos a ele podem se unir, somando-se a outras organizações como a Pastoral Carcerária, grupos de defesa de direitos humanos e sindicatos, com vistas à implementação dos direitos dos presos, bem como para a efetivação e criação de políticas públicas decorrentes das demandas sociais verificadas, como efetivo direito de cidadania.

Afirma Marcello Baquero que

a democracia deliberativa (Habermas, 1992), cujo aparecimento também data dos anos 80, propõe que as decisões devam ser tomadas por todos os que são afetados por elas ou por seus representantes. A dimensão deliberativa entra em jogo quando as decisões são tomadas a partir da apresentação de argumentos oferecidos por e para quem deve tomá-las, os quais devem priorizar os valores da imparcialidade e racionalidade. Esta forma de democracia incorpora, como novidade, a ideia de que o processo de tomada de decisões deve se dar pela via deliberativa e não agregativa, quer dizer, pela via da deliberação busca-se um consenso, maximizando o diálogo entre as partes abertas para ouvir os argumentos dos demais, com vistas a mudar suas posições. O processo deliberativo substituiria, assim, a agregação mecânica do voto pela formação de um consenso obtido pelo debate de ideias e argumentos ²⁷.

Destaca-se que tais organizações enfrentam adversidades, como a oposição, a apatia e o desinteresse social, decorrentes emanações da ideologia dominante. Mostra-se, portanto, a essencialidade de autonomia política das organizações sociais em relação ao Estado. Melhor dizendo, afigura-se a necessidade da independência, favorecendo a reivindicação de direitos e a postulação de demandas, atuando solidariamente – como decorrência da interação – e otimizando a função do Estado na implementação da efetiva democracia e cidadania ²⁸, incluindo-se no processo político (com ênfase a um aspecto social), o que é imprescindível à movimentação vertical na sociedade ²⁹.

De tal forma é a importância do empoderamento social, como condição à implementação da cidadania, implicando, por decorrência, o aumento do “espaço discursivo, permitindo aos indivíduos e grupos participarem na constituição de

26 LEAL, Rogério Gesta. Participação social na Administração Pública: um Imperativo Democrático. In: *Empoderamento Social Local*. HERMANY, Ricardo (Org.). Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p. 53.

27 BAQUERO, Marcello. Alcances e limites do capital social na construção democrática. In: *Reinventando a sociedade na América Latina: Cultura política, gênero, exclusão e capital social*. BAQUERO, Marcello (Org.). Porto Alegre: Editora Universidade/URGS, 2001, p. 23.

28 ETZIONI, Amitai, op. cit, p. 24-25.

29 BAQUERO, Marcello, op. cit, p. 36.



transformações sociais”³⁰.

A perda da tradição e sua repercussão na atomização dos sujeitos do processo de absorção das modificações sociais é sinalizada por Giddens, o qual escreve:

O passado continua vivo, mas, em vez de ser reconstruído de modo ativo de acordo com a tradição, tende a dominar a ação quase de um modo semicausal. A compulsividade, quando socialmente generalizada, é, na verdade, tradição sem tradicionalismo: repetição que se põe no caminho da autonomia, em vez de estimulá-la.³¹

O processo de desenvolvimento produz mudança social e necessidades que existiam ou que surgiram pelo próprio processo. São satisfeitas mediante uma diferenciação no sistema produtivo decorrente da introdução de inovações tecnológicas.³² Assim, o desenvolvimento sempre apresentou a face do poder.

Pode-se encontrar a deterioração de valores essenciais para a vida democrática, especialmente a confiança entre indivíduos e desses em relação às instituições, o que leva a um descrédito no sistema político e inibe a participação cidadã, o que resulta no déficit de capital social. De outro lado, abre-se espaço para novas formas de participação e fortalecimento/reativação de laços esquecidos; portanto, abrem-se novas oportunidades. Vive-se no espaço entre a atomização e o empoderamento.

A confiança e a solidariedade fortificam a participação sociopolítica e podem proporcionar novos caminhos para a condução da descolonização do conhecimento, servindo de inspiração na elaboração de políticas públicas.

Tais organizações, além de fomentadoras das políticas públicas, verificadoras da efetividade dessas políticas e dos direitos que assistem ao detento, podem ser estruturas como de caráter público, buscando o bem comum no aspecto que as práticas prisionais encerram, conferindo parâmetros à ação estatal, no sentido de demandas e interesses públicos, interferindo direta ou indiretamente nas decisões políticas, de forma articulada, intervindo e transformando a realidade.

6 CONCLUSÃO

O sistema penitenciário é resultado de fenômenos urbanos, englobando a divisão de classes, desemprego, pobreza, entre outros aspectos e frações da crise do Estado Social. A prisão, forma de punição por excelência, sistematizada com o advento do Estado Liberal, exerce o poder de disciplinar, de controlar e vigiar os indivíduos.

30 HERMANY, Ricardo e RODEMBUSCH, Claudine Freire. “O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas locais”. In *Empoderamento social local*. HERMANY, Ricardo (Org). Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p. 77.

31 GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-industrial. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. (org.) *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1995, p.70.

32 BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: Imed, 2009, p. 20.



Dentro da mesma matriz, existem disposições normativas quanto ao limite do poder punitivo do Estado frente aos direitos dos presos. Entretanto, face à constatação da ineficácia da pena de prisão na busca de uma pretensa ressocialização estampada por cediças violações dos direitos humanos e da cidadania, direitos encerrados no conceito contemporâneo de cidadão e positivados pelas normas, surgem organizações sociais que legitimam a gestão das demandas nos cárceres, das correlatas políticas públicas e dos direitos fundamentais não efetivamente implementadas pelo Estado, como participação social na efetividade da democracia.

Conforme a percepção contemporânea de cidadania, a emancipação e o empoderamento social são requisitos basilares para o novo arranjo das relações Estado, sociedade civil e mercado.

As políticas públicas, por sua vez, não emergem exclusivamente pela atuação forte do Estado nem mesmo pela marcante presença do mercado. Tais atores sociais dividem o espaço público com a sociedade civil organizada. Dessa forma, as políticas públicas são premidas pela mobilização e atuação de grupos sociais na busca de melhores condições de vida. A democracia aparece como substância ao fornecer as bases estruturantes e o centro de radiação principiológica e como instrumento ao ofertar procedimentos ampliados para a participação social e efetivação da gestão pública compartilhada.

Assim, como representantes de categorias sociais, as organizações dos familiares e amigos de presos constataam e levam a cabo as situações fáticas, vindicando a elaboração e o cumprimento das correspondentes políticas públicas na busca da efetivação dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana em relação ao preso.

Essas organizações são formas aptas e traduzem democraticamente o empoderamento social para a implementação de políticas públicas sociais quanto ao preso. Isso se comprova com estratégias para a consecução de seus objetivos, impondo óbice ao sistema desigual de distribuição de riquezas e poder, demandando os presos, através das organizações de familiares e amigos, que lhes sejam alcançados os primados decorrentes da dignidade da pessoa humana, consubstanciadas em políticas públicas, mapeando os problemas e demandas, pleiteando atuações compatíveis com os valores da democracia e dos direitos fundamentais.

A política criminal guiada pela proteção da sociedade e orientada para a segregação oriunda da destruição do Estado Social e a reprodução das desigualdades através do sistema punitivo suprime cidadania.

A jurisdição constitucional, na promoção da integração social, por meio de políticas públicas decorrentes da dignidade da pessoa humana na efetivação integral do Estado Social, é destacada com o empoderamento da sociedade civil também na cogestão das políticas públicas por meio da efetiva inserção do cidadão.

REFERÊNCIAS

BAQUERO, Marcello. Alcances e limites do capital social na construção democrática. In: *Reinventando a sociedade na América Latina: Cultura política, gênero, exclusão e capital social*. BAQUERO, Marcello (Org.). Porto Alegre: Editora Universidade/URGS, 2001, p. 23.



BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: Imed, 2009.

COSTA, Marli da. A transversalidade das políticas públicas na perspectiva de gênero. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*, 11, REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, p. 211.

CUSTÓDIO, André Viana; MENDES, Susiane Formentin. Movimentos sociais, novos direitos e democracia. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*, 10, REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 2952-2953.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Sociologia e justiça penal: Teoria e prática da pesquisa sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DE FARIAS, Flávio Bezerra. *A globalização e o estado cosmopolita: as antinomias de Jürgen Habermas*. São Paulo: Cortez, 2001.

DE SOUZA, Anderson Barbosa. Prisões: um novo território. *Revista do Departamento de Geografia da UERJ*, n. 5. Rio de Janeiro: UERJ, 1999.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. Os discursos sobre crime e criminalidade. Disponível: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf. Acesso em 14 de abril de 2012.

ETZIONI, Amitai, *La tercera via hacia una buena sociedad: propuestas desde el comunitarismo*. Madrid: Minima Trotta, 2001.

GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-industrial. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. (org.) *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1995.

HERMANY, Ricardo e RODEMBUSCH, Claudine Freire. “O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas locais”. In: *Empoderamento social local*. HERMANY, Ricardo (Org). Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p. 77.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: Cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. Participação Social na Administração Pública: um Imperativo Democrático. In: *Empoderamento Social Local*. HERMANY, Ricardo (Org.). Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p. 53.

LOPES JR., Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. V. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

NIETZSCHE, Friederich. *Humano demasiado humano*. São Paulo: Cia de Bolso, 2008.

PEROBELLI, Matheus P. e SCHMIDT, João Pedro. Superando a dicotomia público/privado: o comunitário e o público não estatal no Brasil. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*, 11. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta Leal (Orgs.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011 p. 152-153, 156.

SANTOS, Milton. O retorno do território. In: *Território: Globalização e Fragmentação*. SANTOS, Milton.; SOUZA, Maria Adélia A. de e SILVEIRA, Maria Laura (Orgs.) São Paulo: Hucitec/Anpur, 1994, p.13.

SANTOS, Milton. *Território e sociedade – entrevista com Milton Santos*. São Paulo:



Perseu Abramo, 2004, p.22, 30, 33.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*, 8. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta Leal (Orgs.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2315-2321.

SCHMIDT, João Pedro. O novo Estado, o público não estatal e as instituições comunitárias. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*, 9. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009, p. 2785-2789.

SCHMIDT, João Pedro. Instituições comunitárias e poder local. In *Gestão local e políticas públicas*. HERMANY, Ricardo (Org.). Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p. 132-134.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

TERRA, Rosane B. e REIS, Suzete. Consolidação da cidadania: um compromisso de todos. In: *Direito, cidadania e políticas públicas*, III. COSTA, Marli Marlene da; Terra, BARCELOS, Rosane B. M. da R. e RICHTER, Daniela (Orgs.). Porto Alegre: UFRGS, 2008, p.72, 84-87, 80.

ZAMBAM, José Neuro. *A teoria de justiça em John Rawls – uma leitura*. Passo Fundo: UPF Editora, 2004.



OS DIREITOS HUMANOS E A CONCEPÇÃO DE EQUIDADE DE GÊNERO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO NO ESPAÇO LOCAL

*Rosane B. Mariano da Rocha B. Terra*¹
*Quelen Brondani de Aquino*²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A temática sobre gênero tomou acento da sociedade moderna somente nas últimas décadas. Até então, não se falava em direitos iguais entre homens e mulheres, tampouco a busca pela equidade de gênero era relevante, uma vez que, natural e aceito pela sociedade, isto é, cabia ao homem ocupar os papéis historicamente destinados a ele, e às mulheres, os papéis que lhes eram designados. Elas, geralmente enclausuradas na redoma doméstica, viviam sobre os cuidados e a vigilância dos pais ou do marido quando contraíam o casamento. Aqueles, ao contrário, obstruíam e extrapolavam as fronteiras da vida privada e viviam no cenário do espaço público sem qualquer limite.

Destaque-se que essas diferenças de gênero, ratificadas e reproduzidas gerações após gerações, desde que tem se ouvido falar em homem e mulher, depreendem-se da cultura eminentemente patriarcal em que vivemos durante séculos. Contudo, há de se reconhecer que estamos em uma era pós-patriarcal, mas que ainda muito precisa ser feito para se falar em direitos efetivamente iguais entre os dois sexos.

Nesse sentido, o presente artigo tem como mote contextualizar as relações de gênero na cultura patriarcal, enfatizando as suas consequências para a construção de um sistema jurídico que corroborava com a discriminação da mulher e, nesse aspecto, institui a busca pela construção da equidade e do respeito à diversidade através de políticas públicas de gênero.

Por conta disso, inicia-se com uma breve contextualização do papel social da mulher na história da humanidade o qual colaborou para a construção da discriminação de gênero. Em seguida, destacam-se as normas no âmbito do Direito Internacional que reconheceram alguns direitos das mulheres e os tornaram imprescindíveis para a

1 Advogada, Especialista em Pesquisa pela UNIFRA, Mestre em Direito pela UNISC, Doutoranda em Direito pela UNISC, integrante do grupo de pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas da UNISC”, e do grupo de Pesquisa “Teoria Jurídica no Novo Milênio”, do curso de Direito da UNIFRA. Coordenadora do Laboratório de pesquisa e TFG do curso de Direito da UNIFRA, Coordenadora de Pós-Graduação em Direito da UNIFRA, Professora de IED, Projeto coletivo de Pesquisa do Centro Universitário Franciscano – UNIFRA, Santa Maria, RS. Endereço eletrônico: rosanebterra@yahoo.com.br

2 Mestranda em Direito, com Bolsa Capes, pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialização em andamento em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local. Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Unisc. E-mail: quelenbrondani@yahoo.com.br



conquista de uma série de direitos e garantias no âmbito nacional. Por fim, demonstresse a necessidade inexorável da promoção da equidade de gênero e do respeito à diversidade no contexto social atual, os quais poderão ser efetivados por meio de políticas públicas que sejam implementadas com o viés voltado para as relações de gênero.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA SOBRE A CONSTRUÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

Parece que não se pode tratar de construção da discriminação de gênero quando se tem, desde os primórdios da humanidade, a presença das diferenças de tratamento entre o homem e a mulher. Para ilustrar tal hipótese, referencia-se o Mito³ de Lilih e a sua relação com a passagem do Velho Testamento em que Deus criou o homem, a sua imagem e semelhança, e somente depois, a mulher, advinda da costela de Adão. Assim, a cultura hebraica cultuou o Mito de Lilith como sendo a primeira mulher criada por Deus da mesma forma que criou Adão, contudo, não com a mesma matéria. Para o homem, o Criador usou o mais puro barro, já para a mulher, restaram as imundícies e os sedimentos.⁴

É importante observar as considerações de Gomes e Almeida⁵ sobre o Mito de Lilith:

A narrativa do mito de Lilith nunca foi considerada como canônica pelos Pais da Igreja pertencendo a chamada *literatura apócrifa* ou *deuterocanônica*. O mito de *Lilith* pertence à tradição rabínica de transmissão oral, cujos ensinamentos encontram-se reunidos nos textos da sabedoria rabínica, no *Talmud* (Hurwitz, 2006, p. 85-89). A alta crítica de caráter liberal considerou estes escritos como pertencendo a chamada produção jeovística, que precede de alguns séculos, a versão canônica sacerdotal. Esta versão é contestada pela igreja católica e protestante.

O alfabeto de Ben Sirak (Koltuv, 1986, p.37-52) é o registro mais antigo que se conhece sobre Lilith. Neste manuscrito, datado entre os séculos VIII e X a.C., ela é descrita como tendo sido a primeira esposa mítica de Adão. Lilith é desconhecida do cristianismo primitivo embora tenha aparecido nos primeiros séculos da era cristã. Mais recentemente, contudo, Lilith fecundou o imaginário da comunidade

3 Os mitos, embora carentes de certa cientificidade, servem para demonstrar outra dimensão da realidade humana, não se sabe se são histórias verdadeiras ou não. Ocorre que acabam trazendo uma percepção diferente daquela historicamente instituída.

4 PIAZZETA, Naele Ochoa. *O Princípio da Igualdade no Direito Penal brasileiro: uma abordagem de gênero*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P. 31.

5 GOMES, Antonio Maspoli de Araújo. ALMEIDA, Vanessa Ponstinnicoff de. *O Mito de Lilith e a Integração do Feminino na Sociedade Contemporânea*. In.: ANCORA: Revista Digital de Estudos em Religião. Disponível em < http://www.revistaancora.com.br/revista_2/01.pdf > Acesso em 25 Mar. 2012.



judaica e cristã com idéias sobre um demônio feminino que provocava a poluição noturna nos jovens castos e ainda era a responsável pela morte prematura de crianças recém-nascidas. Lilith também aparece no Zohar(Koltuv, 1986,p.17-35) o Livro do Esplendor, uma obra cabalística do século XIII que se constitui no mais influente texto hassídico.

De acordo com o Mito Hebraico, Lilith foi criada para ser submissa ao homem, devendo respeitá-lo e aceitá-lo como companheiro. Mas, conforme elucida Piazzetta, ao narrar a história de Lilith, “ela recusou-se a desempenhar o papel que lhe havia sido destinado. Queria o conhecimento que se traduz no saber e, conseqüentemente, o poder que dele se origina”.⁶ Aversa às ideias para qual foi criada, Lilith fugiu para as margens do Mar Vermelho onde acabou sendo transformada em uma serpente, passando a viver na companhia de demônios. O homem que, novamente, ficou só no Paraíso, recebeu, do Criador, Eva, agora, retirada de uma de suas costelas, conforme ensina o Velho Testamento Cristão.⁷ Utilizam-se as palavras de Gomes e Almeida, para explicar o ocorrido:

Eva foi criada para substituir Lilith. Eva seria o oposto de Lilith, por sua vez, reúne traços marcantes de obediência, boa imagem, companheira, submissa ao *sacerdote, ao Pai e à Lei* e por fim, também fonte de pecado e desobediência.⁸

A importância desse Mito leva à constatação de que a mulher adquiriu, desde a Criação do mundo, uma situação de submissão ao homem. Por sua vez, a própria história de Adão e Eva tem sido acatada com naturalidade e com poucas contestações. Desde que foi escrito o Gênesis até os dias de hoje, essa narrativa bíblica funda-se na cultura patriarcal e, durante séculos, serviu para manter a mulher em um lugar de submissão, como referido anteriormente. Nesse aspecto, Piazzetta assevera que:

A imagem da mulher inferiorizada ao homem perpetuou-se durante séculos, reforçada pelos doutores da Igreja, especialmente São Paulo, apóstolo que difundiu o cristianismo por todos os países do ocidente e que, em sua Epístola aos Efésios, apregoava a hierarquia do homem sobre a mulher, sendo que na realidade Cristo jamais discriminou ou afirmou a desigualdade entre as criaturas humanas.⁹

Essa disposição de hierarquização do homem sobre a mulher proclamada pelos doutores da igreja, já referendados, reproduziu-se durante quase todo o transcorrer da história da humanidade - que se dispersa em meio à própria história contada, uma vez que é do entendimento de Pateman “metade da história está faltando” -

6 PIAZZETTA, op. cit., p. 31-32.

7 Idem.

8 GOMES, Antonio Maspoli de Araújo. ALMEIDA, Vanessa Ponstinnicoff de. *O Mito de Lilith e a Integração do Feminino na Sociedade Contemporânea*. In.: ANCORA: Revista Digital de Estudos em Religião. Disponível em < http://www.revistaancora.com.br/revista_2/01.pdf> Acesso em 25 Mar. 2012.

9 PIAZZETTA, op. cit., p. 34.



não fora objeto de estudo pelos teóricos políticos que sequer se deram conta disso.¹⁰ De acordo com os ensinamentos da autora, tem-se que, no estado natural, “todos os homens nascem livres” e são iguais entre si, são, pois, “indivíduos”. Contudo, “as mulheres não nascem livres, elas não têm liberdade natural”, o que acaba compactuando com a sujeição entre homens e mulheres. Nesse sentido, Pateman garante que, além de cultural, a diferença sexual é também uma diferença política, a qual se acha relacionada com a falta de liberdade e de direitos das mulheres e com a sua sujeição perante o sexo masculino.¹¹

A subordinação das mulheres perante os homens mantinha uma relação de poder entre os sexos. Por séculos, elas foram negligenciadas pelo Estado, principalmente no que dizia respeito a seus direitos. Exemplo disso é que, por longos anos, elas eram tidas como propriedades de seus maridos os quais detinham amplos e irrestritos poderes sobre elas.

Assim sendo, como os fenômenos sociais são o reflexo do contexto em que estão inseridos e, em face dessa constatação, para que as mudanças sociais sejam compreendidas, é preciso analisá-las sob o enfoque de gênero. Diante disso, tem-se que as diferenças sexuais exercem influência, em grande escala, na vida social, econômica e política e no modo de relacionar-se em uma comunidade, razão pela qual isso confere uma relação de pertencimento em que o contexto social interfere de forma direta na contextualização das referidas diferenças sexuais.

Essas diferenças fundamentam-se, especialmente, pela reprodução da cultura patriarcal ainda presente nos dias atuais, as quais se iniciam com o nascimento da pessoa quando se prescreve a identidade de gênero. Nesse aspecto, as palavras de Piazzetta explicam a questão:

(...) A rotulação que médicos e familiares realizam do recém-nascido converte-se no primeiro critério de identificação de um sujeito e determinará o núcleo de sua identidade de gênero. A partir desse momento, a família inteira da criança posicionar-se-á em respeito a este dado e será emissora de um discurso cultural que refletirá estereótipos que cada um deles sustenta para a criação adequada desse corpo identificado.¹²

Depreende-se daí, que é na família que a cultura patriarcal é transmitida e que, de uma forma ou outra, acabará norteadando a conduta dos indivíduos e os papéis impostos a cada um deles. Assim, costumes e culturas vão passando de geração para geração, sendo, por isso, natural presumir-se que a diferença sexual dá-se, inicialmente, pelas diferenças biológicas.

Nesse cenário, ao fazer-se uma análise do contexto brasileiro, especialmente no período colonial, conforme explicaram De Souza et al., “as relações sexuais entre os homens e mulheres brasileiras começaram dentro do contexto de uma sociedade colonial escravocrata, onde os homens brancos tinham poder e autoridade

10 PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 21.

11 PATEMAN, op. cit., p. 17.

12 PIAZZETTA, op. cit., p. 68.



absolutos sobre as mulheres de cor”.¹³ Não bastasse isso, as mulheres brancas que, posteriormente, passaram a acompanhar os seus maridos nas expedições para a colônia de Portugal, aceitavam passivamente a licenciosidade sexual e as relações extramatrimoniais de seus parceiros, porque elas haviam sido criadas e mantinham o “arquétipo do modelo de Maria”, que ilustrava “a mulher mártir que se autossacrifica, que é submissa aos homens, e que é uma boa mãe e esposa”, assim, elas eram educadas para ter suas vidas restritas ao ambiente doméstico ou à Igreja.¹⁴ Como corolário desse modelo dominante, as europeias eram tidas como fracas, submissas e sem poder algum na esfera pública. Não recebiam nenhuma educação formal, eram apenas treinadas para o casamento. A conquista dessas mulheres era encontrar um bom marido, criar os filhos, preferencialmente do sexo masculino, e cuidar da casa e dos afazeres domésticos. Assim, vislumbra-se “o longo processo de domesticação da mulher no sentido de torná-la responsável pela casa, a família, o casamento e a procriação, na figura da santa mãezinha. A imagem dessa santinha está ligada à pureza da Virgem Maria. Provedora, piedosa, dedicada e assexuada”.¹⁵

Desse modo, compreendem-se as relações de gênero entendidas como norma cultural que englobam as características denominadas, exclusivamente, masculinas e femininas.

O espaço público é tipicamente masculino. É o espaço da produção social, incluindo educação, trabalho, política e literatura. O lar é tradicionalmente o espaço feminino, o espaço da produção e da sobrevivência doméstico-familiar. A cultura brasileira, como outras culturas ao redor do mundo, valida a esfera pública, social e econômica (masculina) e desvaloriza a esfera privada (feminina).¹⁶

Enfocada nesse contexto, a divisão sexual é tida como natural, a ponto de tornar-se inevitável, cabendo às gerações futuras apenas reproduzi-las. Bourdieu ensina que essa diferença parece estar presente em todas as coisas, trazendo como exemplo a casa, cujas partes são “sexuadas”.¹⁷ Assim, a dominação masculina ratifica-se delimitando e estabelecendo posições ou papéis.

A relação entre a mulher e o homem é rodeada por diferenças que são constituídas pelo processo cultural, as quais, na contemporaneidade, são postas como objeto de luta pela mudança estrutural e pela igualdade de gênero, havendo, pois, o propósito de suprimir tais diferenças, dando-se, em continuidade, a paridade entre os direitos de todos os cidadãos. Mas o que se tem constatado é a resistência masculina em

13 De Souza; Baldwin; Rosa. Op. Cit. P. 490.

14 De Souza; Baldwin; Rosa. Op. Cit. P. 490.

15 De Souza; Baldwin; Rosa. Op. Cit. P. 486.

16 De Souza; Baldwin; Rosa. Op. Cit. P. 491.

17 BOURDIEU, Pierre; *A Dominação Masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p.17.



dominar¹⁸, mesmo que pelo emprego da violência doméstica.

Por isso, em uma sociedade com fortes indícios do patriarcado, é difícil separar as atividades destinadas aos homens e às mulheres, no que diz respeito à divisão social do trabalho. Ela surge para justificar a subordinação da mulher perante o homem, com o argumento de papéis masculinos e femininos. Assim sendo, as relações entre homens e mulheres espelham-se na divisão do trabalho e nos resquícios da cultura patriarcal, ou seja, são situações referenciais que ratificam a diferença entre ambos, em que a mulher é posta em condição de subordinação, submissão e debilidade, competindo ao homem os serviços que exigem mais do ponto de vista físico e intelectual, cabendo-lhes ainda o provimento do lar, enquanto elas devem dedicar-se aos cuidados com a casa e com a educação dos filhos.

Sob tal contexto, elas assumiram uma condição de aceitação legítima da dominação e do abuso por parte do homem que ainda veste a roupagem do patriarcado. Adotada tal compreensão, o sexo feminino vive na apropriação e age como se fosse válido estabelecer, pelo uso da força, limites que restringem os seus direitos e as suas garantias. Essa forma sutil de violência faz com que as mulheres vivam essa hierarquia que exige a obediência, que requer autoridade e subordinação, poder e submissão,¹⁹ configurando-se, dessa forma, um jogo de oposições em que o mando compete ao homem, enquanto a obediência é determinada à mulher.

Para Pateman, “algumas feministas ficaram compreensivelmente preocupadas com a ampla difusão da imagem das mulheres como meros objetos de poder dos homens, como vítimas passivas, e o enfoque da subordinação patriarcal parecia reforçar esse retrato”. Assim sendo, compreender a diferença sexual, como diferença política, é fundamental para a construção da nova sociedade, baseada na equidade de gênero, e que, como tal, deve respeitar a diversidade, compreendendo as diferenças, assimilando a heterogeneidade e propiciando igualdade de acesso e exercício da cidadania para todos os gêneros.

Embora ainda vislumbre-se a diferença de gênero presente na sociedade moderna, é importante frisar que os últimos séculos são marcados por grandes avanços e conquistas originadas da luta de mulheres que resolveram enfrentar a realidade da época, que preferiram abandonar os estereótipos baseados na cultura patriarcal e ocupar o seu espaço na esfera pública. As mudanças mais visíveis deram-se no século XX, em que se iniciou o declínio do longo reinado patriarcal, a “segunda metade, particularmente seu último quartel, foi o período da mudança global mais rápida e radical da história do gênero humano e das relações geracionais”.²⁰

Destaca-se, para exemplificar essa série de mudanças, a Constituição da Alemanha que, em 1949, tentou acabar com o reinado patriarcal, incluindo uma cláusula que afirmava que “homens e mulheres ‘são iguais perante a lei’ [...] e que

18 BOURDIEU, 1999, op. cit., p. 22. Quando os dominados aplicam àquilo que os domina esquemas que são produto da dominação ou, em outros termos, quando seus pensamentos e suas percepções estão estruturados de conformidade com as estruturas mesmas da relação de dominação que lhes é imposta, seus atos de *conhecimento* são, inevitavelmente, atos de *reconhecimento*, de submissão.

19 MATURANA, Humberto R.; VERDEN-ZÖLLER, Gerda. *AMAR E BRINCAR: fundamentos esquecidos do humano*. Tradução de Humberto Mariotti e Iia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2004. p. 38.

20 THERBORN, Göran. *Sexo e Poder: a família no mundo 1900-2000*. Tradução de Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006. p. 114.



ninguém deveria sofrer discriminação por causa do seu sexo.”²¹ Essa afirmativa, aparentemente inofensiva, alavancou inúmeras revisões no conceito de igualdade. Contudo, segundo Therborn, a massa conservadora da Alemanha não adequou o restante da legislação ao novo preceito constitucional, mesmo tendo os legisladores originários determinado quatro anos para adequar a legislação a essa cláusula de igualdade. Como consequência, a Corte Constitucional declarou que o artigo 3º, II, da nova Constituição era uma “norma legal genuína e como tal obrigava o legislador”, levando à promulgação da Lei dos Direitos Iguais de 1957.²²

Conforme se depreende, as mudanças, no mundo, eram embrionárias, mas visíveis e impulsionaram inúmeras conquistas de direitos inerentes às mulheres, tanto no âmbito internacional, por meio dos Direitos Humanos, como na legislação nacional brasileira, que acabou se adequando à nova roupagem dos direitos, amparados, principalmente, pelo princípio da equidade.

3 A PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER AMPARADOS PELOS DIREITOS HUMANOS

A noção de Direitos Humanos, conforme ensinamento de Teles, desenvolveu-se a partir do final do Século XVIII, com a Declaração Americana de Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, ambas responsáveis por atribuir um sentido inovador para a condição humana da pessoa.²³ No entanto, entre inúmeros fatores, entre os quais se pode incluir o holocausto que se perpetrou durante a Segunda Guerra Mundial, aquelas ideias ficaram adormecidas, sendo retomadas somente após aquele confronto armado entre as nações que se deu entre 1939 e 1945, com o surgimento, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações .

No âmbito do Direito Internacional, a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas incluiu definições avançadas sobre gênero e família. Homens e mulheres adquiriram o direito de casar e constituir uma família sem limitações de raça, nacionalidade ou religião, só podendo realizar-se com o livre consentimento dos pretendentes.²⁴

Mesmo com esse novo cenário, somente no final dos anos 60, a corrida para a investida nos direitos das mulheres ganhou velocidade, sendo que o clímax internacional deu-se no ano de 1975, continuando um processo global de mudanças por mais duas décadas. Em 1975, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), foi instituído o Ano Internacional da Mulher, originando uma série de relatórios investigativos em diversas partes do mundo acerca da condição da mulher e o estabelecimento de agências nacionais públicas preocupadas com as relações de gênero. Em todas as partes dos continentes, novas iniciativas legislativas começaram

21 THERBORN, op. cit., p. 147.

22 THERBORN, op. cit., p. 147.

23 TELES, Maria Amélia de Almeida; *O que são direitos humanos das mulheres*. São Paulo: Brasiliense, Coleção Primeiros Passos, 321, 2006. p. 20.

24 THERBORN, op. cit., p. 115.



a surgir em defesa dos direitos das mulheres.²⁵

Ao Ano Internacional da Mulher seguiu-se a Década da Mulher, de 1975 a 1985, em que o envolvimento das Nações Unidas promoveu a preocupação dos governos com a desigualdade de gênero, em um cenário em que os movimentos feministas foram fundamentais para as conquistas que sobrevieram. Tais conquistas foram produto dos trabalhos realizados sobre direitos humanos, que sucederam a Segunda Guerra Mundial e incluíram os direitos das mulheres.²⁶

A Década da Mulher representou o entrelaçamento global de organizações e movimentos internacionais, de modo que os direitos das mulheres geraram discussões e estudos no mundo todo. Ademais, enfatizou-se o respeito à igualdade, à liberdade e à paz social. Em que pese essas cláusulas de igualdade tenham figurado apenas nos limites do papel, levando muito tempo para serem implementadas, elas não podem ser consideradas irrelevantes, porque, em conformidade com Therborn, ao contrário, elas ilustraram o palco, deixando-o pronto para a “nova ofensiva contra o antigo governo de pais e maridos”.²⁷

Nesse cenário, a Conferência realizada, em 1975, no México, trouxe como principal resultado o lançamento do “Plano da Ação Mundial” feminista. Como corolário desse Plano, propôs-se a “Década da Mulher”. A Conferência do México deu início a um novo período, seguindo-se duas outras Conferências de destaque, a de Copenhague, em 1980, e a de Nairóbi, em 1985. Todas elas foram apoiadas pela Convenção da ONU pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979. Encerrada a Década da Mulher, não se encerraram os esforços pela busca da equidade de gênero. Para tanto, menciona-se a Conferência de População no Cairo, em 1994, e a Conferência da Mulher em Beijing, em 1995.

Em razão das normatizações internacionais emanadas dessas Conferências, bem como do envolvimento global das organizações e dos movimentos internacionais, os direitos das mulheres e as suas oportunidades de vida passaram a fazer parte da agenda política em todo o mundo, de tal forma que os seus reflexos fizeram-se sentir na legislação brasileira.

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe uma série de dispositivos que garantem o respeito ao princípio da equidade de gênero, incluindo condições de igualdade entre homens e mulheres em vários aspectos. Um dos exemplos que podem ser aludidos refere-se ao fato de que a Carta Magna aboliu as cláusulas sobre a chefia masculina do Código Civil que foi reescrito em 2001.

Em face do entendimento legal, sob a perspectiva de gênero, os direitos humanos devem promover a erradicação de qualquer forma de discriminação e violência contra as mulheres. É preciso, portanto, para a sua efetivação, mudanças estruturais e sociais, tanto no âmbito individual como coletivo.²⁸ Significa afirmar, pois, que, para atingir a equidade de gênero e erradicar todas as formas de discriminação contra a mulher, tem-se que dar o enfoque às políticas com viés para o gênero, o que não quer dizer dividir homens e mulheres, considerando-os como partes desconectadas. Ao contrário, busca-se a redefinição do ser humano, independente do sexo.

25 THERBORN, op. cit., p. 117.

26 THERBORN, op. cit., p. 118.

27 THERBORN, op. cit., p. 149-150.

28 TELES, op. cit., p. 55.



Em outras palavras, quer-se incluir as mulheres sem excluir os homens. Mas, ao transformá-las, tornando-as capazes e dignas de direitos, os homens deverão submeter-se às transformações históricas. Deverão também ser titulares de direitos e não portadores de privilégios que os empobrecem em sentimentos e ética.

Assim posto, com a ampliação desses conceitos, tornou-se possível a adoção de políticas, compreendidas como ações e/ou medidas efetivas por parte daqueles a quem cabia implantá-las, bem como a formulação de legislação nacional que reconhece formalmente os direitos das mulheres, respeitando as suas especificidades. Cita-se, aqui, como marco fundamental da consolidação desses direitos, a inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, e promulgada com a finalidade de criar mecanismos para coibir e prevenir todas as formas de violência doméstica e familiar, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, 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.

A referida legislação busca a valorização das diferenças e o respeito à equidade. Contudo, o reconhecimento das mulheres como sujeito de direitos ainda é uma garantia não consolidada. Há muito que se discutir sobre a temática, principalmente quando ela está relacionada às desigualdades sociais e culturais, às relações de poder, às diferenças sexuais e à construção de ideias e valores em vários ambientes sociais. Depreende-se, pois, que a temática de gênero, quando adotada como mecanismo relevante para a construção social da igualdade entre homens e mulheres e do enfrentamento de todas as formas de discriminação, acaba interferindo na agenda política, na formulação e na aplicação de políticas sociais que ensejem a efetivação de tais garantias já normatizadas através do direito e da justiça.

4 A PROMOÇÃO DA EQUIDADE DE GÊNERO NA SOCIEDADE ATUAL ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Federal de 1988 representou o início da reforma estatal para colocar em prática a democratização do acesso a serviços e à participação cidadã. Assim, ocorreu, nesse período, um deslocamento para o foco das políticas públicas no Brasil, partindo-se para a produção de políticas que se destinassem a examinar as verdadeiras necessidades sociais, e, nesse sentido, a possibilidade das necessidades aludidas acabarem afetando as estratégias dos gestores públicos na tomada de decisões.²⁹

Nessa ótica, Hochman, Arretche e Marques salientam que essa forma “mais inclusiva” de participação social conduziu a uma agenda de pesquisa que buscou, dentre outras coisas, “interpretar as políticas estatais sob a ótica de seu potencial de transformação da cultura política e das relações entre o Estado e os cidadãos”. Aduzem os autores que, no Brasil, os estudos voltaram-se, principalmente, para as transformações que vinham ocorrendo, dentre elas, a descentralização, a reforma

29 HOCHMAN, G.; ARRETCHÉ, M.; MARQUES, E. (Orgs.) *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, p. 15.



política e a emergência de novos formatos de participação política.³⁰

Diante do contexto vigente, verifica-se que a inclusão da questão de gênero para o viés das políticas públicas ocorreu como parte do processo de redemocratização, representando a inserção de novos atores no processo político e, assim, a inclusão de novos temas na agenda pública do Estado. Farah ressalta que “os movimentos sociais que participaram da luta pela redemocratização do regime tinham as mulheres como um de seus integrantes fundamentais” e, por conta disso, ratifica as palavras de Lobo, quando lembra que a história ignora que os principais “atores” dos movimentos sociais eram, na verdade, “atrizes”.³¹

Trata-se de consideração importante, pois, como elucidou Farah, tais movimentos representam a constituição das mulheres como “sujeito coletivo” e, sobretudo, sujeitos de direitos, representando, ainda, o momento em que elas deixaram a esfera privada e principiaram a atuar no espaço público, dando publicidade a temas até então considerados como assuntos inerentes à “esfera privada”.³²

Com o avanço do processo democrático e a redefinição das políticas públicas no país, adveio, então, o surgimento de políticas que contemplassem a questão de gênero. Mas antes de adentrar em tal esfera, é imprescindível a compreensão de alguns conceitos que perfazem o universo das políticas públicas.

De modo geral, Schmidt assinala que o termo “políticas públicas” é utilizado com diferentes significados, ora indicando uma determinada atividade, ora um “propósito político” e, em outras vezes, “um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa”. Assim sendo, para entender as políticas públicas, o autor adota conceitos de estudiosos da área, ensinando que as políticas públicas são um conjunto de ações adotadas pelo governo, a fim de produzir efeitos específicos, ou, de modo mais claro, a soma de atividades do governo que acaba influenciando a vida dos cidadãos.³³

Ao encontro de tais assertivas, de maneira mais abrangente, Cavalcanti conceitua políticas públicas como:

Entende-se por políticas públicas o conjunto de ações coletivas que garantem **direitos sociais**, por meio das quais são distribuídos ou redistribuídos bens e recursos públicos, em resposta às diversas demandas da sociedade. As políticas públicas são fundamentadas pelo direito coletivo, são de competência do Estado e envolvem relações de reciprocidade e antagonismo entre o Estado e a sociedade

30 Ibidem.

31 FARAH, Marta Ferreira Santos. *Políticas Públicas e Gênero*. Trabalho preparado para a URBIS – Feira e Congresso Internacional de Cidades. Seminário Nacional de Coordenadorias da Mulher no Nível Municipal: o Governo da Cidade do ponto de vista das Mulheres – Trabalho e Cidadania Ativa. Mesa 1 – Estado e políticas públicas: a construção da igualdade. São Paulo, Anhembi, 22 e 23 de julho de 2003.

32 Ibidem.

33 SCHMIDT, João Pedro. *Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos*. In.: REIS, Jorge R.; LEAL, Rogerio G. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2311.



civil. (grifo do autor)³⁴

Ressalta-se que as políticas são o meio de ação do Estado. Através delas, a União, os Estados e os Municípios conseguem concretizar direitos e garantias fundamentais, por isso, diferenciar os conceitos metodológicos de uma política pública é fundamental para a compreensão da dimensão e da importância das fases que a definem, desde a sua criação até a avaliação de seus resultados.

Assim compreendida, o processo de elaboração de uma política principia com a “percepção e definição de problemas”. Sem essa avaliação inicial, a política não adquire nenhuma razão de existir, conforme destaca Schmidt. Desse modo, não basta apenas o reconhecimento de uma dificuldade ou situação problemática: é preciso transformá-la em um problema político.³⁵ A segunda fase, que configura a formulação da política pública, começa no momento em que se define a maneira como o problema será solucionado, quais os elementos e as alternativas que serão adotadas. Trata-se de uma fase de negociações e conflitos entre os agentes públicos e os grupos sociais interessados.³⁶ Nesse ponto, é importante definir as diretrizes, os objetivos e, principalmente, a atribuição de responsabilidades, a fim de deixar claro quem são os responsáveis pela execução das políticas. Dessa maneira, elas tomam forma através dos planos ou de programas, os quais, por sua vez, originam projetos e ações.

A implementação, propriamente dita, compreende a terceira fase de uma política: Trata-se da concretização da formulação, é o momento de executar aquilo que foi planejado. Nesse instante, geralmente, acabam acontecendo adaptações e adequações. Por isso, um elemento fundamental é a articulação entre o momento de formulação e o de implantação de uma política, de tal sorte que os agentes responsáveis por essas duas fases estejam entrosados, compartilhando informações e participando ativamente dos processos.

Por último, e quem sabe a mais importante etapa, inicia-se o momento de avaliação de uma política, haja vista que não basta apenas criá-la, implementá-la, sem estar disposto a fazer uma análise minuciosa dos resultados obtidos, dos êxitos e das dificuldades apresentadas, do estudo de sua efetividade e eficiência. O ideal, no processo de avaliação, é justamente delinear se a política atingiu os objetivos ao qual se propôs, assim como determinar se é conveniente que determinada política mantenha-se ou modifique-se.

No Brasil, ainda é muito frágil o processo de avaliação de uma política. Em geral, esta etapa resume-se em massa de manobra para políticos utilizarem-se de pseudorresultados com o propósito de campanha para novas eleições, a fim de se manterem no poder. Por isso, muitas vezes, os processos avaliativos atuais acabam tendo pouca credibilidade junto à sociedade. É necessário, portanto, a conscientização da real importância que essa fase assume no processo de estudo e análise de uma política pública, uma vez que pode ocorrer, caso seja avaliada de maneira equivocada,

34 CAVALCANTI, Ludmila. *A Perspectiva de Gênero nas Políticas Públicas: políticas para quem?* In.: Curso Democracia e Gênero no Legislativo Municipal. Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM, 2009, p. 7.

35 Ibidem.

36 SCHMIDT, op. cit., p. 2318.



que determinadas políticas caíam em desuso ou no esquecimento.

Ainda sob tal contexto, para que políticas públicas sejam realizadas com o viés para o gênero e, dessa maneira, constituam-se como promotoras da equidade, retificando, por sua vez, conceitos que destacavam as diferenças entre ser homem e ser mulher, é imperativo que se criem espaços de discussão e debate em que a comunidade e a rede de atendimento às mulheres promovam o reconhecimento dos problemas locais relativos ao tema. Assim, é mister que se compreenda o que, afinal, é uma comunidade?

Perobelli e Schmidt³⁷, ao fazerem uso dos ensinamentos de Etzioni, sublinham que a comunidade é o caminho para a construção de uma boa sociedade. De acordo com os autores, trata-se de qualquer grupo social identificado por laços de afeto e por uma cultura compartilhada. Adotados tais termos, os estudiosos aduzem que, para alcançar-se uma boa sociedade, é fundamental o fortalecimento da comunidade. Nas palavras dos autores, “não significa pensar apenas no que é coletivo, na dimensão comunal, mas buscar um equilíbrio entre a autonomia individual e o bem comum, entre direitos individuais e responsabilidades sociais”.

Por isso, o respeito à diferença e às pessoas integrantes de uma comunidade é imperioso para o progresso humano, seja ele econômico, social, moral, cultural. As pessoas precisam ser tratadas com o respeito que deve ser-lhes inerente. Ademais, o Estado, como promotor de uma boa sociedade, deve tratar os seus indivíduos da mesma forma, “sempre como um fim em si mesmos e não como meio para alcançar finalidades externas a eles”.³⁸

Sob tal viés, as ações do governo devem ser pensadas e planejadas para alcançar o desenvolvimento social, erradicando-se qualquer forma de discriminação, com o destaque para o caráter humano, ou seja, considerar que homens e mulheres são simultaneamente sujeitos e beneficiários das ações. Diante disso, surge a premissa inquestionável da participação ativa das pessoas que envolve o meio social.³⁹

Adotados os termos em questão, a participação deve ser constante; portanto, a promoção do empoderamento social local acaba gerando a consolidação dos envolvidos para garantir a concretização das políticas públicas locais. Hermany e Pereira ensinam que empoderamento “significa a conquista de direitos de cidadania, uma vez que tem como fundamento a emancipação do cidadão. Empoderar denota o desenvolvimento do cidadão, com o objetivo de tomar posse de seus direitos fundamentais”.⁴⁰ Nesse sentido, a cidadania só estará sendo efetivada se os diferentes agentes sociais integrarem-se na busca pela solução de conflitos sociais, o que se dá com a organização, o associativismo e a constante ampliação da rede em que as comunidades estão inseridas, de modo que se estará promovendo, acima de tudo, a emancipação social.

Acontece que, ao adentrar-se no campo das políticas de gênero, conforme

37 PEROBELLI, M. P; SCHMIDT, João Pedro. *Superando a Dicotomia Público/Privado: o comunitário e o público não estatal*. In.: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Diretos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, p. 153.

38 PEROBELLI & SCHMIDT, op. cit., p. 154.

39 MARTINS, Sérgio Ricardo Oliveira. *Desenvolvimento Local: questões conceituais e metodológicas*. In.: INTERAÇÕES: Revista Internacional de Desenvolvimento Local. Vol. 3, N. 5, p. 51-59, Set. 2002, p. 51.

40 HERMANY & PEREIRA, op. cit., 222.



elucidou Cavalcanti, “o respeito à especificidade de homens e mulheres constituem elementos básicos de uma nova estruturação social e de direitos”, de maneira que, quando se trata de relações de gênero, a autora constata que a gestão governamental não tem incorporado essa perspectiva de maneira satisfatória. Para que isso ocorra, Cavalcanti alude que se faz necessária a comunhão de esforços tanto na esfera dos direitos individuais como dos direitos coletivos.⁴¹ Para a estudiosa, essa união tem como finalidade a promoção de “políticas públicas universais e voltadas para grupos específicos”, bem como as “articulações institucionais, nas quais a sociedade possa controlar sua vigência e sua qualidade”.⁴²

Ainda com vistas à contextualização das políticas de gênero, para uma melhor compreensão do tema, é importante destacar os Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres – PNPM, elaborados pelo Governo Federal, em 2004 e 2006, por intermédio da SPM, os quais tinham como objetivo dar início a um processo amplo e complexo de participação social, garantindo, de forma efetiva, a sua aplicação em políticas públicas com o propósito de promover a equidade de gênero. Assim entendido, o PNPM foi estruturado em torno de seis eixos estratégicos de atuação, quais sejam: autonomia; igualdade no mundo do trabalho e cidadania; educação inclusiva e não sexista; saúde das mulheres; direitos sexuais e direitos reprodutivos; e enfrentamento à violência contra as mulheres.

Em face dessa compreensão, a descentralização das ações governamentais possibilita uma integração entre a sociedade e os gestores públicos. Por sua vez, os espaços de discussão e participação social devem ser ampliados, para que se procure um planejamento das políticas de gênero partindo-se do nível local. Cavalcanti garante que “os conselhos são espaços permanentes de controle social e de interlocução da sociedade civil organizada com os governos, por meio de suas representações”. Por essa razão, é imprescindível que os atores locais fomentem a criação e a manutenção dos Conselhos Municipais dos Direitos das Mulheres. Em nível nacional, foi criado, em 1985, o Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres – CNDM, constituído como um “espaço institucional para incluir as questões das mulheres nas ações governamentais e realizar o controle social por meio do monitoramento das políticas públicas”.⁴³ Outras ferramentas importantes e ao alcance dos gestores municipais são as coordenadorias e as conferências. Ambas são fundamentais para a formulação e a implementação das políticas de gênero. Tem-se, portanto, que a maioria dos mecanismos partem do espaço local para o todo. Nesse particular, merecem menção as duas edições da Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (CNPM), realizadas pela SPM, em 2004 e 2007, e que foram precedidas por conferências municipais, regionais e estaduais. Tratam-se de ferramentas que têm como premissa oportunizar o comprometimento de todos os poderes – Executivo, Legislativo e Municipal –, das organizações feministas e de mulheres, bem como de todos os órgãos vinculados às questões de gênero e, principalmente, a participação da sociedade na busca pela equidade de gênero.

41 CAVALCANTI, Ludmila. *A Perspectiva de Gênero nas Políticas Públicas: políticas para quem?* In.: Curso Democracia e Gênero no Legislativo Municipal. Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM. 2009, p. 9.

42 CAVALCANTI, 2009, op. cit., p. 9.

43 CAVALCANTI, 2009, op. cit., p. 11.



Salienta-se, pois, o protagonismo do movimento de mulheres, seja por meio da participação em Conselhos Municipais e Coordenadorias, seja por meio das Conferências, no processo de formulação e aplicação de políticas públicas locais. O espaço local é, portanto, considerado um ambiente estratégico na construção de diretrizes para a ação do Poder Governamental na busca pela transformação das condições de vida das mulheres.

No processo em comento, observa-se o delineamento de um novo modelo democrático, abandonando os conceitos fechados de cidadania e procurando de novas maneiras de “cosmopolitismo”.⁴⁴

Diante de um novo modelo de democratização em que, cada vez mais, se busca a participação social, observando-se, inclusive, a flexibilização e a abertura de organismos conhecidos por conservar uma comunicação rígida e fechada, elemento primordial para a construção de uma cultura da paz, em que se almeja o combate às desigualdades e às exclusões sociais e, sobretudo, o exercício efetivo da cidadania.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, mesmo que de modo sucinto, vez que o tema é amplo e demanda constante estudo e aprofundamento, depreende-se que a necessidade de se (re)pensar as políticas públicas sob a perspectiva de gênero é fundamental para a construção do respeito à diversidade, sedimentada por princípios basilares, tais como a igualdade, a fraternidade e a solidariedade. No contexto social, passado e presente, a mulher precisou, constantemente, enfrentar a sua posição de desigualdade em relação ao homem, vivenciando uma situação em que era tida como o “sexo frágil”, na qual viveu, por longo tempo, sob o domínio masculino, e, assim, fez com que o senso comum concebesse com naturalidade a sua situação de inferioridade, o que acarretou uma série de discriminações paralelas, com vestígios ainda nos dias atuais.

Verifica-se, além disso, que os direitos e as medidas de proteção à mulher ganharam respaldo de uma vasta legislação internacional, que reconheceu a situação de desigualdade que lhes foi imposta durante séculos e, nesse sentido, buscou o resgate, quiçá, a inauguração de novos direitos baseados, principalmente, no princípio da igualdade. Além disso, no âmbito jurídico nacional, a Constituição Federal demonstra-se como excelente ferramenta para a garantia e a promoção dos direitos das mulheres. Por oportuno, localizam-se, tanto no transcórre do texto constitucional, como em inúmeros instrumentos jurídicos infraconstitucionais, o respeito à mulher como detentora de garantias fundamentais, corroborando, assim, a ideia de que quando o assunto é políticas públicas, elas devem ser formuladas e implementadas com a perspectiva de gênero.

Portanto, considerando o comprometimento do ordenamento jurídico brasileiro com as questões de gênero, é fundamental que se agreguem mecanismos para a efetivação desses direitos, posto que as políticas públicas são ferramentas imprescindíveis nesse processo. Os exemplos já existentes mostram-se, de pleno,

44 REIS, Jorge R. dos; MELO, Milena Petters. *Imigração e relações interculturais no contexto da globalização: entre igualdade e diversidade, as novas fronteiras da democracia*. In: REIS, Jorge R. dos; LEAL, Rogério G. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 9. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009. p. 2659.



eficazes e oportunos, como é o caso dos observatórios sociais e comunitários, dos Conselhos Municipais de Direitos da Mulher, das Casas de Passagem e, principalmente, do fortalecimento da rede de atendimento à mulher.

Entende-se, por fim, que, para uma maior efetividade, é necessário o fomento à participação da comunidade, especialmente das mulheres, nas questões que envolvem a temática gênero e interessam para a promoção do princípio da equidade e do respeito à diversidade.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre; *A Dominação Masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

CAVALCANTI, Ludmila. *A Perspectiva de Gênero nas Políticas Públicas: políticas para quem?* In.: Curso Democracia e Gênero no Legislativo Municipal. Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM, 2009.

DE SOUZA, Eros; BALDWIN, John R. ; ROSA, Francisco Heitor da. *A construção social dos papéis sexuais femininos*. Psicologia: Reflexão e Crítica, Porto Alegre, v. 13, n. 3, p. 485-496, 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v13n3/v13n3a16.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2002.

FARAH, Marta Ferreira Santos. *Políticas Públicas e Gênero*. Trabalho preparado para a URBIS – Feira e Congresso Internacional de Cidades. Seminário Nacional de Coordenadorias da Mulher no Nível Municipal: o Governo da Cidade do ponto de vista das Mulheres – Trabalho e Cidadania Ativa. Mesa 1 – Estado e políticas públicas: a construção da igualdade. São Paulo, Anhembi, 22 e 23 de julho de 2003.

GOMES, Antonio Maspoli de Araújo. ALMEIDA, Vanessa Ponstinnicoff de. *O Mito de Lilith e a Integração do Feminino na Sociedade Contemporânea*. In.: ANCORA: Revista Digital de Estudos em Religião. Disponível em < http://www.revistaancora.com.br/revista_2/01.pdf> Acesso em 25 Mar. 2012.

HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. (Orgs.) *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

MARTINS, Sérgio Ricardo Oliveira. *Desenvolvimento Local: questões conceituais e metodológicas*. In.: INTERAÇÕES: Revista Internacional de Desenvolvimento Local. Vol. 3, N. 5, p. 51-59, Set. 2002.

MATURANA, Humberto R.; VERDEN-ZÖLLER, Gerda. *AMAR E BRINCAR: fundamentos esquecidos do humano*. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2004.

PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PEROBELLI, M. P; SCHMIDT, João Pedro. *Superando a Dicotomia Público/Privado: o comunitário e o público não estatal*. In.: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Diretos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

PIAZZETA, Naele Ochoa. *O Princípio da Igualdade no Direito Penal brasileiro: uma abordagem de gênero*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



REIS, Jorge R. dos; MELO, Milena Petters. *Imigração e relações interculturais no contexto da globalização: entre igualdade e diversidade, as novas fronteiras da democracia*. In: REIS, Jorge R. dos; LEAL, Rogério G. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 9. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

SCHMIDT, João Pedro. *Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos*. In.: REIS, Jorge R.; LEAL, Rogerio G. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

TELES, Maria Amélia de Almeida; *O que são direitos humanos das mulheres*. São Paulo: Brasiliense, Coleção Primeiros Passos, 321, 2006.

THERBORN, Göran. *Sexo e Poder: a família no mundo 1900-2000*. Tradução de Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006.



O DIREITO DE BRINCAR: UMA ABORDAGEM ACERCA DA EDUCAÇÃO COMO MÉTODO TRANSFORMADOR DO SER HUMANO

Rosane Teresinha Carvalho Porto¹
Rodrigo Cristiano Diehl²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É direito da criança viver sua infância na plenitude, tendo asseguradas na Constituição Brasileira e no Estatuto da Criança e do Adolescente as demais garantias constitucionais: a vida, a saúde, a liberdade, a família, a convivência comunitária, a educação, a moradia; e entre tantas necessidades também está o direito de brincar; de explorar o universo da fantasia e dos sonhos pelas inúmeras brincadeiras que, realizadas de maneira saudável, são importantes para o seu desenvolvimento psicossocial. Inúmeros brasileiros têm essa fase ceifada de suas vidas, por serem submetidos ao trabalho forçado e desumano, em lavouras de cana-de-açúcar, minas de carvão, prostituição, vendas de balas ou doces nas esquinas de sinaleiras; enfim, poder-se-ia pensar em várias atividades ilegais que subitamente rompem com a inocência e capturam a infância desses pequenos. Refletir a esse respeito aproxima o nosso leitor do conceito de trabalho infantil, que ocorre de maneira indiscriminada e sem um maior controle do Poder Público. Bem, ao aproximar-se desse contexto conceitual, também é possível ser relacionado com as políticas de saúde pública, tão necessárias e prioritárias às crianças e aos adolescentes. Então, enfrentar a demanda social, reconhecida por trabalho infantil, também denota reconhecer, dentre os direitos fundamentais, o direito de brincar. A subtração desse direito a qualquer criança é uma afronta a sua dignidade, por ser também um pilar da saúde.

Logo, tais reflexões possibilitaram a realização do projeto “O brincar e a construção da cidadania de crianças nas escolas: uma releitura dos direitos e deveres, através do lúdico-pedagógico com base na Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do

1 Mestre em Direito, área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora de Direito Civil. Integrante do Grupo de Pesquisa: Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela professora Pós-Dr^a Marli M. M. da Costa. Coordenadora do projeto financiado pelo PAPEDS: O DIREITO VAI À ESCOLA: CONSUMO X EDUCAÇÃO PARA CIDADANIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA REDE ESCOLAR DO ENSINO FUNDAMENTAL. Email: rosaneporto@unisc.br; rosaneporto@brigadamilitar.rs.gov.br

2 Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante dos grupos de pesquisa: “Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Pós-Dra. Marli Marlene Moraes da Costa”; e “Direitos Humanos, coordenado pelo Pós-Dr. Clovis Gorczewski”, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado da Unisc. Voluntário no Projeto de Extensão “O DIREITO VAI À ESCOLA: CONSUMO X EDUCAÇÃO PARA CIDADANIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA REDE ESCOLAR DO ENSINO FUNDAMENTAL”, coordenado pela Prof^a. Ms. Rosane Porto. Bolsista de Iniciação Científica – Fapergs. Email: rodrigocristianodiehl@yahoo.com.br



Adolescente, na região do Vale do Rio Pardo, a partir de julho de 2010, findando em dezembro de 2011. O mencionado trabalho de extensão fora desenvolvido nas escolas públicas de Santa Cruz do Sul e em outras da região. A metodologia deu-se a partir de histórias infantis elaboradas por um grupo de estudantes do Curso de Direito e tinham como pano de fundo temáticas sociais, entre elas: cidadania, trabalho infantil e os direitos e deveres das crianças. As histórias eram contadas às crianças por meio de bonecos (fantoques). Essa maneira lúdico-pedagógica era a exploração de uma linguagem criativa, que faz parte do processo interativo e educativo de brincadeiras, fundamental à criança, que precisa se apropriar dessa modalidade de linguagem, pois também é uma arte utilizada para estimular a sua imaginação e o senso crítico.

2 O TRABALHO INFANTIL FATOR DESENCADEADO PELA ALIENAÇÃO SOCIAL

Diversos são os contributos de autores da Sociologia, em especial o pensador Zygmunt Bauman, no que tange à reflexão de se labutar pela transformação de uma comunidade mais humanitária e principalmente ética. Para esse autor, a “pós-modernidade” significa uma sociedade ou, se preferir, um tipo de condição humana. E no que tange a “pós-modernismo” se refere a uma visão de mundo, que pode surgir, mas não necessariamente, da condição pós-moderna³.

É nesse sentido que pós-modernidade é, para esse autor, modernidade sem ilusões. Diferentemente da sociedade moderna anterior, a que chama de modernidade sólida, que também estava sempre a desmontar a realidade herdada, a de agora não o faz com uma perspectiva de longa duração, com a intenção de torná-la melhor e novamente sólida, por estar na condição da temporaneidade⁴. É por isso que traz em suas obras a metáfora da “liquidez” para caracterizar o estado da sociedade moderna que, como os líquidos, se caracteriza por uma incapacidade de manter a forma.

Assim, verifica-se que demandas sociais que envolvem as crianças brasileiras, no caso específico o trabalho infantil, ilustram perfeitamente o que Bauman traz nos seus ensinamentos. A liquidez da sociedade, não mantém-se sólida ou arraigada nos princípios fundamentais presentes, por exemplo, no inciso XXXIII, do artigo 7º na Constituição Federal de 1988, que veda o trabalho do menor de idade de 16 anos, combinado com artigo 227, § 3º, I do mesmo diploma legal, e com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Eis que isso também representa uma afronta à ética e deturpação à condição humana, mínima e necessária para que qualquer pessoa, sujeito de direitos, viva em sua comunidade. Também percebe-se que a presença de crianças e adolescentes em trabalhos ilegais ou ilícitos é mais um indicativo de que os membros da sociedade estão vivendo na liquidez e em processo de alienação.

Vale destacar, que assim como a Constituição Federal de 1988, o Estatuto nos

3 Entrevista concedida à Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke, professora aposentada da USP e pesquisadora associada do Centro de Estudos Latino-Americanos da Universidade de Cambridge (Reino Unido), para a Folha de S. Paulo (19 de outubro de 2003)Link: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1910200305>

4 Entrevista concedida à Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke, professora aposentada da USP e pesquisadora associada do Centro de Estudos Latino-Americanos da Universidade de Cambridge (Reino Unido), para a Folha de S. Paulo (19 de outubro de 2003)Link: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1910200305>



artigos 60 a 69, bem como a Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 402 e seguintes, não deixando de fora outras legislações esparsas que também pregam os critérios e os limites para a capacidade jurídica para o trabalho⁵.

Em um primeiro momento, sob a condição de aprendiz, o legislador buscou criar formas de incentivar a inserção do adolescente no mercado de trabalho. Outro ponto a ser analisado se caracteriza pela proibição de qualquer forma de trabalho, salvo na condição de aprendiz, para menores de 16 anos, visto que os mesmos gozam de prioridade absoluta, pelo fato de se encontrarem em situação de desenvolvimento físico e psicológico.

Os limites de idade mínima para o trabalho nem sempre foram os mesmos no Brasil. Eles gradativamente receberam elevações de acordo com as condições e necessidades de desenvolvimento social do País. A última elevação foi realizada pela Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998, que possibilitou ao País ratificar as Convenções Internacionais 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁶.

Cada membro ratificador da Convenção 138

“compromete-se a seguir uma política nacional que assegure a abolição efetiva do trabalho de crianças e eleve, progressivamente, a idade mínima de admissão ao emprego ou ao trabalho a um nível que torne possível aos menores o seu desenvolvimento físico e mental mais completo⁷”.

Ainda, conforme a Convenção 182, entende-se por trabalho infantil todas as formas de escravidão ou análogas, tais como a venda e o tráfico de crianças, a servidão por dívida e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição; a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais como definidos nos tratados internacionais pertinentes; o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças. As duas convenções internacionais foram ratificadas pelo Brasil e fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro de proteção à criança e ao adolescente⁸.

Por isso, qualquer forma de trabalho nas ruas, somente será admitida aos maiores de 18 anos, visto que o ambiente supracitado se caracteriza como sendo aquele com maior possibilidade de ocorrer um imprevisto, como acidente de trânsito.

5 CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma, SC: UNESC, 2009, p.61. No Brasil, os limites para idade mínima para o trabalho são os seguintes: abaixo de quatorze anos é proibido realizar qualquer tipo de trabalho; entre quatorze e dezesseis anos o trabalho é permitido apenas na modalidade de aprendizagem, como está expresso na Lei 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Salienta-se que todas as demais formas de trabalho estão proibidas para adolescentes nessa faixa etária.

6 CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma, SC: UNESC, 2009, p.62.

7 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 138*. Disponível em: <www.oit.org.br/sites/all/ipecc/normas/conv138.php> Acesso em: 14/05/2012.

8 CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma, SC: UNESC, 2009, p.62-63.



Do mesmo modo, atenção merece o trabalho infantil doméstico, mas para sua compreensão é necessário antes distinguir “trabalho” e “tarefa”. Tarefas são atividades essenciais e necessárias ao desenvolvimento da criança e do adolescente, que são realizadas nos espaços de vivência e socialização. Exemplos de tarefas são as escolares e a participação em atividades comunitárias. Já a tarefa doméstica envolve a responsabilidade com o próprio espaço de convivência familiar da criança e do adolescente, como arrumar o próprio quarto ou compartilhar as atividades na organização do lar⁹.

Caracteriza-se o trabalho doméstico quando a criança ou o adolescente assumir as responsabilidades típicas dos próprios pais, tais como cuidar dos irmãos para que os pais trabalhem, preparar a alimentação da família, ficar responsável por toda a organização da casa, dentre outras. Situação mais complexa e muito frequente no Brasil é o trabalho doméstico realizado em casa de terceiros. A legislação brasileira, que disciplinou as chamadas piores formas de trabalho infantil, finalmente proibiu o trabalho doméstico antes dos dezoito anos de idade nos termos do Decreto 6.481, de 12 de junho de 2008¹⁰.

Pode-se afirmar que há uma relação direta entre exploração do trabalho infantil doméstico e abusos aos direitos das crianças e adolescentes, mas principalmente no que tange ao desempenho escolar, visto que, ao invés de os infantes estarem estudando ou realizando atividades voltadas para a sua formação, encontram-se realizando atividades domésticas.

Outra questão passível de análise é a que cerceia o trabalho nas atividades esportivas. No entanto, este trabalho está subordinado às mesmas normas dos demais contratos, só podendo ser realizados a partir dos 16 anos.

No entanto, não há impedimentos antes dessa idade quanto ao recebimento de patrocínios, bolsas ou qualquer contribuição, financeira ou não, para possibilitar e estimular o desenvolvimento de atividades esportivas. Os contratos civis ou de trabalho não podem estabelecer qualquer tipo de contrapartida que exija cumprimento de metas, horários de treinamentos, viagens, resultados em competições. A inserção de crianças e adolescentes em práticas esportivas antes dos dezesseis anos precisa estar vinculada ao princípio do melhor interesse também cerceado pelo desenvolvimento físico e psicossocial¹¹.

Ainda, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil se caracteriza como sendo uma política pública voltada para a prevenção e erradicação dos abusos cometidos contra crianças e adolescentes no que tange ao trabalho infantil. Por esse entendimento, fica também proibido qualquer tipo de trabalho de infantes em atividades ilícitas, bem como em trabalho informal, pelo fato de que, respeitando os limites impostos pela Constituição no que abrange a idade mínima para o trabalho, os mesmo gozam de direitos trabalhistas e previdenciários.

No que diz respeito ao trabalho noturno é permitido apenas a partir dos dezoito anos. Entende-se por trabalho noturno aquele realizado em áreas urbanas no período compreendido entre vinte e duas horas de um dia até as cinco horas do dia seguinte. Nas áreas rurais, o trabalho noturno compreende o período das vinte horas de um

9 Ibidem. P. 63.

10 Ibidem. P. 62-63.

11 Ibidem. P. 64.



dia até as quatro horas do dia seguinte. Do mesmo modo, o trabalho perigoso e insalubre é proibido antes dos 18 anos de idade sendo essas atividades aquelas previstas no Decreto 6.481, de 12 de junho de 2008, que trata das piores formas de trabalho infantil¹².

A efetivação de políticas públicas para a erradicação do trabalho implica transformações profundas em diversos campos (Saúde, Educação, Assistência Social) e, inclusive, em sua própria dimensão jurídica. O Direito da Criança e do Adolescente apresenta-se como potencial alternativa que congrega, dentre outros aspectos, uma nova visão, multidisciplinar e democrática, pois tem em sua essência a participação dos diversos atores sociais. Além disso, atribuem responsabilidades ao Estado, à família e à sociedade quanto à efetivação dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

Assim, no processo de construção do sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente para o combate ao trabalho infantil as políticas educacionais encontram-se em espaço privilegiado pelo enraizamento e pela capacidade de descentralização, mas especialmente pela possibilidade de sensibilização das comunidades para a discussão sobre os mitos culturais que legitimam a exploração do trabalho infantil e pela proposição de alternativas concretas para a proteção integral de crianças e adolescentes.

3 O DIREITO VAI À ESCOLA: EDUCANDO PELA ARTE E PARA A VIDA

Pensando no tema trabalho infantil que um grupo de alunos da graduação do Curso de Direito, integrantes de um projeto de pesquisa e extensão também vinculado ao Mestrado em Direito, da linha de políticas públicas de inclusão social, criaram peças teatrais com fantoches e foram às escolas, juntamente com a Brigada Militar de Santa Cruz do Sul – Comando Regional de Policiamento Ostensivo do Vale do Rio Pardo. Essa experiência se deu a partir de julho de 2010 finalizando em dezembro de 2011. Aproximadamente 4603 crianças das séries iniciais assistiram ao trabalho acadêmico, de natureza informativa, interativa ou coparticipativa; com o principal objetivo de contribuir na formação ética do profissional do Direito que, posterior à sua caminhada na Universidade, também deverá ser um cidadão do mundo, preocupado com as demandas sociais que estão no seu entorno.

Com relação à troca de experiências nas escolas com as crianças, essa deu-se de maneira positiva, pois o processo de interação lúdico-pedagógico possibilita ter esse resultado, quase que de maneira instantânea, quando se olha para os rostos das crianças que riam e participavam das historinhas. E as palavras de Bauman vêm ao encontro disso:

[...] Todos os seres humanos carregam estruturas cognitivas, mas homens diferentes têm estruturas diferentes. Os encontros e diálogos humanos são por isso processos de tradução contínua e, na verdade, infinitos: de uma língua para outra, de uma estrutura cognitiva para

12 Ibidem. P. 66.



outra.¹³

Esse tipo de proposta lúdico - pedagógica demonstrou a ruptura de um direito tradicional ou conservador, que se detém apenas no sentido das normas jurídicas. A interdisciplinaridade explorada nessas práticas sociais, dentro da comunidade escolar, valoriza a interpretação do Direito que também deve ser dado pela Hermenêutica e pelo desvelamento dos fatos sociais. Nesse sentido, é fundamental a criatividade e a condição de doar-se para o outro, inicialmente em projetos sociais como esses apresentados na Universidade. Mais que isso, construir no universo das brincadeiras com fantoches o sentido do direito de brincar, ou seja, a sua verdadeira importância para a criança que está em desenvolvimento.

Nos dizeres de Altman, “no ciclo da vida sempre há de ser assim. No começo, a criança é seu próprio brinquedo, a mãe é seu brinquedo, o espaço que a cerca, tudo é brinquedo, tudo é brincadeira”¹⁴.

O brincar, além de ser uma arte, também é um direito regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a criança desenvolve a sua criatividade, que é fundamental para sua formação psicossocial enquanto pessoa em desenvolvimento. Ao exercitar esse direito, ela se descobre social e emocionalmente, pelas brincadeiras e pelos brinquedos em que imita os adultos. Aos poucos vai sendo preparada para o exercício dos papéis sociais na sua comunidade¹⁵.

No direito ao esporte e ao lazer, se insere a postulação de muitos autores no sentido da positivação de um direito de brincar, na Constituição Federal, que se depreenderia da conjugação dos direitos ao lazer, à convivência familiar e à convivência comunitária. Martha de Toledo Machado diz que:

Esse direito de brincar prende-se, em boa medida, ao desenvolvimento cognitivo da criança e do adolescente, como assentado por Piaget, mas também a aspectos do desenvolvimento psicológico e social.

(...)

Nessa acepção, penso, o *direito de brincar* das crianças assume, mesmo, o contorno de essencialidade que o eleva à condição de direito fundamental especial delas, na ótica de uma concepção radicalmente aberta dos direitos humanos¹⁶.

Através da Resolução nº 44, de 20 de novembro de 1989, a Organização das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual foi assinada

13 BAUMAN, Zigmunt. *Em Busca da Política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p.123.

14 ALTMAN, Raquel Zumbano. Brincando na história. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *Histórias das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

15 As brincadeiras são universais, estão na história da humanidade ao longo dos tempos, fazem parte da cultura de um país, de um povo. Achados arqueológicos do século IV a.C., na Grécia, descobriram bonecos em túmulos de crianças. Há referências a brincadeiras e jogos em obras tão diferentes como a Odisseia de Ulisses e o quadro jogos infantis de Perter Brueghel, pintor flamengo do século XVI. *A importância do brincar*. Disponível em: <<http://www.construirnoticias.com.br/asp/materia.asp?id=343>>. Acesso em: 17 fev. 2011.

16 MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri/SP: Manole, 2003, p. 195.



pelo Brasil e aprovada de forma regular como norma vigente no país. Inclusive, o art. 31 dessa Resolução garante o gozo do direito de brincar a todos os seus titulares, sendo considerado um direito fundamental.

Dessa forma, a violação do direito de brincar importa em violação da liberdade das crianças e dos adolescentes, o que, de acordo com o art. 232¹⁷ do Estatuto, pode configurar o crime de constrangimento. Por conta disso, se ocorrer a violação do direito de brincar e conseqüentemente da liberdade infanto-juvenil, aquele que estiver exercendo o pátrio poder-dever será responsabilizado.

No mesmo sentido José de Farias Tavares diz que:

Brincar é direito humano fundamental da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento biopsicossocial. O voo livre da imaginação infantil em direção ao mundo colorido dos sonhos, os devaneios juvenis propulsores das arremetidas de energia vital, são fórmulas prodigiosas de equilíbrio da mente que desabrocha em sintonia com o corpo que se desdobra, na edificação da pessoa integral.[...]¹⁸.

É necessário que se garanta ao menor de idade o direito de participar das atividades esportivas, culturais e de lazer, dada a importância para o seu desenvolvimento físico, mental e social. Concomitante a isso, salienta-se, ainda, que o objetivo de garantir esses direitos às crianças, “significa não visualizá-los como seres simplesmente receptores de garantias”; mas, acima de tudo, contribuir no processo de edificação de suas autonomias¹⁹.

4 DA UTOPIA À REALIDADE: A NECESSIDADE DE EDUCAÇÃO EMANCIPADORA A PARTIR DE UMA EDUCAÇÃO TRANSFORMADORA E NÃO INSTRUMENTALIZADA

Diversos projetos sociais e comunitários são propostos nas comunidades brasileiras, por exemplo: PROERD (Programa de prevenção as drogas e a violência), palestras sobre educação ambiental e de trânsito. Há trabalhos realizados pela polícia militar aqui no Rio Grande do Sul que agregam tudo isso, a política da polícia comunitária. Embora esses trabalhos sejam ricos dentro do contexto ao qual são inseridos, o universo escolar, não dá para deixar de se reportar acerca de que tipo de educação se quer para os indivíduos? Esses trabalhos sociais, também realizados pelas universidades educam os sujeitos para a cidadania? De qual educação se está falando?

Nesse íterim, cabe lembrar que a educação não se refere exclusivamente ao processo de desenvolvimento da capacidade intelectual de cada indivíduo. Vai muito

17 Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento.

Pena – detenção de seis meses a dois anos.

18 TAVARES, José de Farias. *Direito da Infância e da Juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 97

19 WOLKMER, Antonio Carlos. LEITE, José Rubens Morato (orgs). Os “novos” direitos no Brasil : natureza e perspectivas : uma visão básica das novas conflituosas jurídicas. São Paulo : Saraiva, 2003, p.33.



além: tem a ver principalmente com a capacidade intelectual e moral do ser humano.²⁰ Portanto, reconhecer a educação como vínculo de emancipação do sujeito para o exercício da sua cidadania é o maior desafio para os membros da sociedade que labutam pela ética enquanto pilar da condição humana, no encontro da humanização.

Dos estudos mais importantes realizados por Foucault, talvez o mais essencial e primordial para a educação seja a expressão e a desconstrução feita sobre o *sujeito desde sempre aí*. Ao longo de suas obras, se dedicou a averiguar não apenas a constituição da noção de sujeito, que é própria da Modernidade, mas também de que maneira essa entidade torna-se sujeito moderno, isto é, como se autoconstitui.²¹ Em outros termos, questionou como se dá a constituição do sujeito moderno, que foi mais uma das invenções da Modernidade, dada pela necessidade de legitimação do exercício do poder, enquanto se quer um indivíduo que produza e que permaneça na normalidade.²²

De qualquer modo, a noção de sujeito já estava sempre dada; Partia da incompletude. Por exemplo, para Kant incompleto porque ainda vazio, para Marx, incompleto porque alienado e inconsciente da realidade política e social. E segundo Piaget, incompleto porque cognitivamente ainda não estava desenvolvido. Essa incompletude evidencia a importância da educação na constituição do sujeito.²³ Vale lembrar que o *sujeito desde sempre aí* é visto como um objeto das influências sociais, culturais, políticas, educacionais e, por isso, facilmente manipulável.²⁴

De qualquer sorte, essa visão iluminista, isto é, a noção de sujeito *desde sempre aí*, fora abandonada por Foucault e por outros filósofos e sociólogos, como Friedrich Nietzsche (na segunda metade do século XIX), e por Martin Heidegger, Ludwig Wittgenstein e Norbert Elias (na primeira metade do século XX). Porém foi Foucault que demonstrou de maneira mais detalhada as formas com que o sujeito se institui.²⁵ No registro da arqueologia, a objetivação de um sujeito no campo dos saberes, na genealogia, a objetivação de um sujeito que se dá nas práticas do poder que divide e classifica. E no registro da ética, Foucault trabalhou com a subjetivação de um indivíduo que pensa sobre si mesmo.²⁶ Aliás, dentro de tal contexto, percebe-se a ingerência da disciplina, principalmente nas relações de poder-saber.

Logo, “a disciplina é um princípio de controle da produção do discurso. Ela lhe fixa os limites pelo jogo de uma identidade que tem a forma de uma reatualização permanente das regras.”²⁷

Note-se que o sistema de ensino é considerado uma ritualização da palavra, que dispõe da fixação dos papéis para os sujeitos que falam, assim como constitui

20 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (org.). *Mini Aurélio Século XX: o minidicionário da língua portuguesa*. 4 ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2001, p.251.

21 VEIGA, Neto Alfredo. *Foucault e a educação*. 2ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2004, p. 131.

22 VAZ, Paulo. Risco e justiça. In: CALOMENI, T. C. B.; et al. (Org.) *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2004, p.107.

23 Ibidem, p. 135.

24 Ibidem, p. 135.

25 Ibidem, p. 136.

26 Ibidem, p. 136.

27 FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996, p.36.



um grupo doutrinário, distribui e se apropria de discursos com seus poderes e seus saberes. Nessa relação de poder-saber, fica difícil perceber que a relação entre os sujeitos seja uma relação de igualdade de condições ou que, nesse meio, seja diferente do que está posto na sociedade. Significa ainda dizer que o poder de autoridade, disciplina, disputa de poder está presente nos discursos de ensino e no meio acadêmico ou, ainda, na escola. Então, como a educação pode transformar sujeitos subjugados ou assujeitados em sujeitos emancipados, de tal maneira que possa criticar e mobilizar-se para reconhecer a si próprio e ao outro?²⁸

Pensando sobre a origem da palavra educação²⁹, correlacionando com a teoria de poder de Foucault, diante o discurso, atualmente a sua aplicabilidade está longe de transformar o homem em um cidadão criativo e autônomo, simplesmente pelo motivo de ela não ser considerada prioridade social.

Ao encontro disso, para que a educação deixe de ser instrumental, pela característica atual de alienante por ser reprodutora de discursos, o homem precisa se autodescobrir e compreender que a sua emancipação dar-se-á quando aceitar o outro como legítimo na relação social. Por esse motivo, o amor é o elemento constitutivo da vida humana e, por sua vez, do processo de educar³⁰.

No mesmo sentido, Bauman diz que uma sociedade realmente autônoma é feita de indivíduos autônomos. Diria assim, um indivíduo autoconstituído, que não recebeu pronta a sua identidade, que ao construí-la assume a responsabilidade por ela³¹. E uma maneira de trabalhar essa identidade é pela educação.

Experiências como essa vivenciada pelos alunos do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, assim como inúmeras outras, fazem parte de uma política compensatória presente na realidade brasileira. São interessantes, trazem algum tipo de contribuição social e na formação do sujeito, mas se perdem no espaço, pela falta de continuidade e de interação com o espaço escolar. A comunidade brasileira precisa avançar, não pode sustentar-se de “faz de contas”. Há necessidade de se priorizar a educação neste país, mas de forma emancipadora e que seja um caminho de mobilidade e transformação aos seus sujeitos, pois se permanecer no “*status quo*”, reproduzirá mais indivíduos alienados, e sem perspectiva de labutar contra aquilo que está posto pelo sistema.

28 BRANCO, Guilherme Castelo. Kant no último Foucault: liberdade e política. In: CALOMENI, T. C. B.; et al. (Org.) *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2004, p. 225.

29 TESSMANN, Erotides K. *O Direito e suas perspectivas de efetividade frente às normas constitucionais vigentes no Brasil*. IN: Clóvis Gorcevski (org.) *Direito e Educação: a questão da educação com enfoque jurídico*. Porto Alegre: UFRGS, 2006, p.71. “O termo educação deriva do latim *education, educations*, indica ação de criar, de gerar um arcabouço cultural. A educação, longe de ser um adorno ou resultado de uma frívola vaidade, possibilita o pleno desenvolvimento da personalidade humana e é um requisito dispensável da própria cidadania. Com ela, o indivíduo compreende o alcance dessas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, permitindo a sua integração em uma democracia efetivamente participativa. Considerada na sua essência, a educação é o passaporte para a cidadania. [...]”

30 Maturana R., Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política*. Tradução de José Fernando Campos Fortes. - Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998, 23-24.

31 BAUMAN, Zigmunt. *Em Busca da Política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p.141.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Educar, no sentido que o termo exige, é desenvolver, cultivar, não de maneira unilateral, mas de forma integrada, para que o educando possa ser o cidadão honrado que todos desejamos encontrar na sociedade da qual fazemos parte. E para que se atinja esse grandioso objetivo será preciso, antes de tudo, uma conjugação de forças entre Estado, família e população, a fim de que se logre êxito na implementação de tão essencial política pública.

A educação como direito fundamental é resultado do discurso que se dá pelos atos de fala dos atores sociais. Porém, não há de se restringir o seu entendimento ao ensino que é proporcionado nas escolas e nas universidades. Também é preciso abordá-la como uma política pública de inclusão social no espaço argumentativo, de maneira a transformar os indivíduos em cidadãos participativos. Por isso, sua relação axiológica com o princípio do discurso, da universalização e da democracia. Assim sendo, o direito também tem a sua função social na linguagem, na busca do entendimento mútuo e do consenso. E por fim, a educação é a política pública de inclusão social mais eficaz para o desenvolvimento da cidadania dos atores sociais.

Concomitante a isso, destaca-se que com o projeto “O brincar e a construção da cidadania de crianças nas escolas”, realizado pelos alunos da graduação do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, em parceria com o Comando Regional de Policiamento Ostensivo do Vale do Rio Pardo – Brigada Militar -, pode-se verificar a fundamentalidade que experiências dessa natureza têm para com a realidade da comunidade escolar e da Universidade. Mesmo que pareça uma ação compensatória que não trabalhe diretamente com as causas sociais, não deixa de ter sustentabilidade e influência na vida daqueles que participam diretamente e indiretamente do processo social.

REFERÊNCIAS

ALTMAN, Raquel Zumbano. Brincando na história. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *Histórias das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

BAUMAN, Zigmunt. *Em Busca da Política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BRANCO, Guilherme Castelo. Kant no último Foucault: liberdade e política. In: CALOMENI, T. C. B.; et al. (Org.) *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2004.

A importância do brincar. Disponível em: <<http://www.construirnoticias.com.br/asp/materia.asp?id=343>>. Acesso em: 17 fev. 2011

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma, SC: UNESC, 2009.

Entrevista concedida à Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke, professora aposentada da USP e pesquisadora associada do Centro de Estudos Latino-Americanos da Universidade de Cambridge (Reino Unido), para a Folha de S. Paulo (19 de outubro de 2003) Link: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1910200305>



FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (org.). *Mini Aurélio Século XX: o minidicionário da língua portuguesa*. 4 ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2001.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri/SP: Manole, 2003.

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

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 138*. Disponível em: <www.oit.org.br/sites/all/ipecc/normas/conv138.php> Acesso em: 14/05/2012.

TESSMANN, Erotides K. *O Direito e suas perspectivas de efetividade frente às normas constitucionais vigente no Brasil*. IN: Clóvis Gorczewski (org.) *Direito e Educação: a questão da educação com enfoque jurídico*. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

VEIGA, Neto Alfredo. *Foucault e a educação*. 2ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. LEITE, José Rubens Morato (orgs). *Os "novos" direitos no Brasil : natureza e perspectivas : uma visão básica das novas conflituosas jurídicas*. São Paulo : Saraiva, 2003.



JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CHANCES PERDIDAS: UM EXAME PROCESSUAL VERAZ

Tássia Aparecida Gervasoni¹
Iuri Bolesina²

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do regime ditatorial militar instalado no Brasil, incontáveis violações de direitos foram cometidas ao arrepio da legalidade e do razoável. Muitos desses abusos se deram na Cidade de Carazinho, no Estado do Rio Grande do Sul, onde afetos do Partido Trabalhista Brasileiro e do emblemático Leonel Brizola foram alvos de constante repressão e abuso por parte do poder militarizado, assim como de discriminação por aliados e simpatizantes desse.

Uma dessas vítimas foi Carlos Prestes de Moura que, no ano de 1964, foi preso pelo DOPS, enclausurado no SESME sem contato com o mundo externo e, quando liberado, foi dispensado de seu emprego por razões estritamente políticas e discriminado socialmente, praticamente até a sua morte no ano de 1992. Com tudo isso, também a sua família sofreu por cerca de 28 anos. Fome, desprezo, humilhação, pechas e restrições foram alguns dos danos suportados pela família. Com a redemocratização do Estado, a família – pelo menos os sucessores – enxergou a possibilidade de ter a sua dor moral reconhecida e reparada pelo Estado, intentando, para tanto, demanda judicial que ainda teima em ser debatida pelo Poder Judiciário.

Sem embargo da busca pela reparação moral que os sucessores demandam, o que se pretende no presente estudo é, a partir das provas coligidas no processo judicial, realizar uma revisão histórica dos fatos ocorridos e uma crítica jurídica ao caso; porém, não com vistas ao pleito indenizatório moral, mas sim mirando as chances perdidas pela família em decorrência dos danos suportados no regime militar, sob a ótica da Justiça de Transição, a qual é objeto de breve estudo na parte final da investida.

1 Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. Professora na Universidade da Região da Campanha - URCAMP. Participante do projeto “Controle jurisdicional de Políticas Públicas: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas e a relevância da atuação do *amicus curiae* como instrumento de legitimação dessas decisões no Brasil”, vinculado ao CNPq. Advogada. Endereço eletrônico: tassiaag@yahoo.com.br.

2 Mestrando e Bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-Graduando *lato sensu* em Direito Civil pelo Instituto Meridional de Educação – IMED. Membro do Grupo de Pesquisa *Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional- instrumentos teóricos e práticos*, coordenado pela professora Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal. Advogado. E-mail: iuribolesina@gmail.com.



2 APONTAMENTOS SOBRE O PANORAMA HISTÓRICO DOS EVENTOS VIOLATÓRIOS DE DIREITO DO REGIME MILITAR BRASILEIRO E OS REFLEXOS NA CIDADE DE CARAZINHO/RS

A história do período em que o regime militar se instaurou no Brasil é tão rica, quanto extensa e obscura em seus fatos e passagens relevantes. Um estudo sério que se prestasse a uma investida reconstrutiva sobre a história daqueles anos demandaria dedicação e esforço singular. Um bom exemplo dessa hercúlea ação são os planos e prognósticos das Comissões da Verdade e da Justiça, aprovadas no Brasil recentemente em sanção da Presidente Dilma Rousseff, quando recebeu o então Projeto de *Lei nº 7.376/2010*. Por isso mesmo, a partir de agora, o que se pretende com este estudo é uma análise de alguns pontos relevantes e pertinentes para o que se propõe, principalmente no que diz respeito às mais notórias violações de direitos ocorridas em todo o Brasil e seus reflexos na Cidade de Carazinho/RS.

No intervalo entre os anos de 1946 e 1964, no período do pré-golpe militar, o Brasil é marcado por uma alta conflituosidade, tanto no espaço econômico, quanto na esfera social e política que, em curto tempo, demandaria a necessidade de uma alteração das bases da comunidade brasileira.

No Rio Grande do Sul a situação não foi diferente. Neste Estado a liderança de Leonel Brizola, a “sua” Rede da Legalidade – que consistia em usar (e às vezes tomar) as rádios para espalhar a ideologia de resistência, notícias e informações sobre o período militar –, e o “seus” Grupo dos Onze³ foram os principais alvos e vítimas do regime militar⁴. Na Cidade de Carazinho, em particular, as reuniões do núcleo do Grupo do Onze se dava no Centro Cívico João Goulart – que em janeiro de 1964 passou a se chamar Centro Cívico Leonel Brizola –, tendo as primeiras células dos onze capitaneadas por Romeu Barleze, José Maia Medeiros, Frederico Beba e Felisbino Barlette, todos simpatizantes e/ou vinculados ao PTB. Nos tempos seguintes, a região de Carazinho contaria com cerca de 25 Grupos dos Onze⁵.

A partir do golpe militar, a resistência carazinhense passou a ser alvo de ataques diretos, não só dos militares, mas também da Igreja Católica⁶ e dos simpatizantes da

3 BRAUN, Cláudio Damião **“Todos contra o PTB”**: disputas políticas no norte do Rio Grande do Sul (1961/1964). Dissertação de Mestrado, 2006, p.93. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/memorial>. Acesso em: 01 dez. 2011: “[...] os Grupos de Onze foram institucionalizados no dia 19 de outubro de 1963 através de um pronunciamento de Brizola pela rádio Mayrink Veiga. Inicialmente estes grupos eram de cinco companheiros, mas, depois de um estudo, o número de participantes passou para onze. A explicação para o número onze estaria na formação de uma equipe de futebol, onze jogadores dentre os quais um é o capitão da equipe”.

4 BRAUN, Cláudio Damião **“Todos contra o PTB”**: disputas políticas no norte do Rio Grande do Sul (1961/1964). Dissertação de Mestrado, 2006, p.93. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/memorial>. Acesso em: 01 dez. 2011. p.100.

5 Ibidem, p. 95-97.

6 Ibidem, p. 74-75: “O comunismo foi fortemente combatido pela Igreja Católica nestas eleições, principalmente pelos padres locais nos sermões das *missas*, momento em que orientavam os fiéis a não votarem em candidatos comunistas [...]”. Ainda, na p.110: “Os integrantes dos Grupos de Onze eram considerados comunistas pela Igreja [...]”. O autor recheia esse relato a partir de diversos dados e documentos históricos.



direita⁷ da cidade. Um dos primeiros alvos foi o vereador Sebastião Olegário Haeffner, filiado ao PTB local⁸, sendo que, depois dele, outros tantos foram vítimas de detenção ou prisão, além dos comparecimentos diários às delegacias de polícia local para prestar contas das atividades praticadas. Isso fica evidenciado no discurso do Vereador Edson Otto, ao referir que em Carazinho muitos homens foram indevidamente detidos em seus locais de trabalho para prestar declarações, sendo presos na delegacia de polícia para prestar depoimentos e serem interrogados sem qualquer justificção⁹.

Merece destaque o discurso do vereador Sebastião Olegário Haeffner proferido logo após a sua liberação, já que se presta para corroborar bem o que virá a ser objeto de análise no decorrer deste artigo. O vereador narra que, ao ser preso – pelo DOPS –, prestou esclarecimentos no batalhão de Cruz Alta e, após, foi enviado ao SESME, em Porto Alegre, onde ficou enclausurado¹⁰. Tal fato foi encarado por vários carazinhenses que eram transportados em ônibus – leia-se mais de um na mesma oportunidade – para Porto Alegre. Outro tipo de violação, que também ocorreu em todo o país, foram os afastamentos dos cargos e empregos¹¹. Em Carazinho inúmeras famílias restaram afetadas pelos afastamentos dos principais provedores do lar de seus empregos por razões políticas¹².

A situação acabaria por piorar nos anos subsequentes, notadamente a partir do Ato Institucional número 5. A história foi recheada com as maiores arbitrariedades

7 Ibidem, p. 107-108: “Segundo Keller, o PTB de Brizola estava preparando o Brasil para a instalação de um regime socialista. Para ele, o povo conhecia o regime instalado na Rússia. *“Sabíamos do desastre e do sofrimento do povo, porque não havia liberdade, onde se era condenado sem ser julgado. Desta forma todos tinham medo do comunismo, até os operários”*.”

8 Ibidem, p. 101-102: “Com a instalação do regime militar, as principais lideranças do PTB acabaram sendo presas ou eram intimadas a depor na delegacia de polícia local. As prisões na cidade de Carazinho acabaram se tornando muito intensas, devido à grande força do PTB em nível local [...] Um dos primeiros presos de Carazinho foi o vereador Sebastião Haeffner, do PTB. [...] Após a prisão de Haeffner, iniciou-se nova sequência de detenções em Carazinho”.

9 Ibidem, p.102.

10 Ibidem, p. 104.

11 ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. Projeto Brasil nunca mais. Tomo I: O regime militar. São Paulo: Arquidiocese de São Paulo, 1985, p.16.

12 Exemplo emblemático é trazido por BRAUN, Cláudio Damião **“Todos contra o PTB”**: disputas políticas no norte do Rio Grande do Sul (1961/1964). Dissertação de Mestrado, 2006, p.114-115. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/memorial>. Acesso em: 01 dez. 2011, ao narrar apenas um dos casos. Trata-se das passagens ocorridas com Delfino Siqueira de Quevedo: “O dia 19 de abril de 1964 mudaria a vida de Quevedo e de sua família. [...] Após esse período de prisão em Porto Alegre, Quevedo retornou para Carazinho portando as sequelas físicas ocasionadas pela queda do caminhão caçamba. Quevedo era fundidor e *‘trabalhava numa firma onde tinha estabilidade, mas como voltei todo quebrado, não tinha mais condições de trabalhar, pois eu era fundidor e pegava uma panela de 80 kg com 1200 graus de calor e trabalhava o dia inteiro’*. [...] O entrevistado lembra que com a criação do Ato Institucional n.5 acabou sendo demitido. *‘Quando foi criado o Ato Institucional n. 5, fui expurgado. Pela lei não podia (sic) me expurgar, porque eu era um operário comum, mas me expurgaram perdendo meus onze anos de serviço na firma. Perdi todos meus direitos e não fui indenizado.’* Sobre suas dificuldades posteriores para conseguir trabalho, comenta: ‘Somente consegui um outro serviço de ajudante de carpinteiro com um parente meu. Meus filhos todos eram pequenos e minha mulher trabalhando bastante. Mas o que iria fazer para não passar fome? [...] Meu filho com apenas oito anos de idade já trabalhava. Minha mulher sofreu muito e foi nessa miséria que a gente viveu. [...] Sua vida e de sua família, como a de muitas outras pessoas não somente em Carazinho, mas em todo o país, tomaram novos rumos causados pela repressão sofrida com o regime imposto pelos militares”.



já presenciadas no Brasil¹³. Isso, contudo, é um capítulo tão especial da história que mereceria tratamento igualmente destacado, o que não se pretende neste artigo.

Vale recordar, entretanto, que com a (re)democratização do Estado brasileiro advieram leis que possibilitaram a reparação pecuniária das vítimas das ações pouco razoáveis do período militar. Entretanto, entende-se que, em muitos casos, o valor alcançado é meramente simbólico e não tem condão de reparar todos os danos causados e as chances perdidas por famílias inteiras. Por certo que, se fosse buscada uma averiguação mais ampla e profunda dos fatos, incontáveis histórias semelhantes sobre pessoas que tiveram suas vidas alteradas pelo regime militar apareceriam e chocariam o pesquisador e, quiçá, a maior parte da comunidade brasileira, sem embargo de tudo que já se tem conhecimento.

3 UM BREVE RELATO DO PROCESSO Nº 2007.71.18.001748-1: EXPOSIÇÃO DAS TESES E DAS PROVAS APRESENTADAS

De início, é importante que se diga que o processo nº 2007.71.18.001748-1¹⁴, até o fechamento deste artigo, ainda está ativo. No momento, encontra-se em segunda instância. Para melhor explicação, realiza-se uma digressão cronológica da movimentação processual aliada ao paralelo com os documentos presentes nos autos.

3.1 Dos fatos

O polo ativo da demanda é composto pelos sucessores (esposa e filha) de Carlos Prestes de Moura, as quais postulam indenização moral, perante a União, pelos abalos sofridos ao tempo que seu familiar (já falecido) foi objeto da intervenção do Regime Militar. Na narrativa exordial consta que o Carlos Prestes de Moura, vítima de perseguições políticas que ocorriam na Cidade, no dia 19 de abril de 1964 foi preso pela polícia de Carazinho e encaminhado ao DOPS, sob a acusação de ter participado da tomada da Rádio Carazinho, em 1º de abril de 1964. Com sua condução ao DOPS, em Porto Alegre, restou enclausurado no SESME até a data de 22 de maio de 1964, onde foi vítima de violações de direitos¹⁵. Ainda, quando de sua libertação e retorno a Carazinho, foi obrigado a se apresentar diariamente na Delegacia de Polícia Civil de Carazinho até o dia 02 de junho de 1964.

A peça inicial prossegue asseverando que, também em razão da prisão de

13 LEAL, Rogério Gesta. **O direito fundamental à verdade, à memória e à justiça em face dos atos de morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: qual a responsabilidade do Estado?** Texto inédito, não publicado. P.111.

14 Ação Ordinária (procedimento comum ordinário) Nº 2007.71.18.001748-1 (RS). Data de autuação: 08/10/2007. Juiz: Felipe Veit Leal. Órgão Julgador: Juízo Subs. Da Vara Federal e JEF de Carazinho. Órgão Atual: Carazinho. Parte autora: Joana Celda de Moura e Maria de Lourdes de Moura, sucessoras de Carlos Prestes de Moura, respectivamente esposa e filha, defendidas pelo advogado Luciano Hillebrand Feldmann. Parte Ré: União, defendida pela Advocacia Geral da União. Número em segundo grau: 5000565-27.2011.404.7118 (Processo Eletrônico). Data de autuação: 08/10/2007.

15 Processo 2007.71.18.001748-1, lauda nº 03-04.



Carlos Prestes de Moura, a Comissão Estadual de Investigação¹⁶ do Estado do Rio Grande do Sul publicou no Diário Oficial do Estado que Carlos Prestes de Moura era uma pessoa passível de sofrer sanções, as quais podiam ser de demissão, dispensa, colocação em disponibilidade, aposentadoria, reserva ou reforma¹⁷. Aos 34 anos de idade, em 05 de agosto de 1964¹⁸, conforme portaria número 393, expediente número 4728, Carlos Prestes de Moura foi dispensado do seu emprego. Estranhamente, o expediente que motivava a dispensa não foi localizado pelo emissor¹⁹.

Com a sua dispensa, aduz a peça vestibular, Carlos Prestes de Moura, sua esposa e sua filha (na época menor de 18 anos), passaram a ser vítimas de achincalhamentos, escárnios e rótulos próprios do período, tais quais “subversivos”, “comunistas”, “traidores” e “inimigos da pátria”, o que desestruturou toda a rotina da família²⁰. Tal situação fechou as portas das possibilidades para a família e, não bastasse isso, de um lado, o esposo/pai, então desempregado e dado como subversivo, foi acometido por depressão e tornou-se refém do álcool; de outro lado, as autoras sofreram ao lado do ente ao vê-lo naquela condição e se angustiaram não só com as pechas outrora citadas, mas igualmente, com a falta de recursos e com os problemas daí advindos em razão do desemprego do esposo/pai²¹.

Cerca de 28 anos depois, por força de uma anistia política de ordem exarada pelo governador do Estado do Rio Grande do Sul, Alceu Collares, em 25 de fevereiro de 1992, Carlos Prestes de Moura foi anistiado e readmitido em suas funções. Porém, a anistia lançada, ao acolher o parecer do Procurador Geral do Estado, inseriu que “Tal anistia somente gerará efeitos a partir da promulgação da constituição Federal — 5 de outubro de 1988, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo”²². Em outros termos, pela anistia, o autor nada recebeu pelo período que restou afastado de seu labor. Seis meses depois, em 28 de agosto de 1992, Carlos Prestes de Moura faleceu²³.

Assim é que, com base nas restrições e nos abalos psíquicos que sofreram no período de 1964 a 1992, as autoras buscam indenização moral ante a União, não obstante os valores já recebidos em razão da anistia e do processo movido contra o empregador do esposo/pai das requerentes, terem se prestado para à reparação material dos danos experimentados.

16 Por muitos chamada de “Comissão de Expurgos”.

17 Processo 2007.71.18.001748-1, lauda 130-131.

18 Segundo informações no documento nº 384/86-AJ, emitido pela Secretaria do Interior, Desenvolvimento Regional e Urbano e Obras Públicas, nos processos administrativos nº 0577410.00-PGE-1985 e 0149422.00SDO1986, presentes no processo, laudas 143-146.

19 Processo 2007.71.18.001748-1, lauda 144.

20 Processo 2007.71.18.001748-1, laudas 13-15.

21 Processo 2007.71.18.001748-1, laudas 13-15.

22 Processo 2007.71.18.001748-1, laudas 11. Parecer do Procurador do estado nas laudas 52-61, nele constou: “Tendo sido, segundo se depreende dos elementos do processo, exclusivamente política a motivação que levou o administrador público a dispensar o requerente, da função pública estadual, concluo que o mesmo tem direito à anistia delineada no artigo 8º, § 52, da Constituição da República de 1988”.

23 Processo 2007.71.18.001748-1, lauda 54.



3.2 Das provas produzidas

As provas documentais produzidas pelas autoras dizem respeito às violações ocorridas e às perdas que sofreram ao longo de 28 anos. Os documentos apresentados foram coletados no seio do Requerimento de Anistia encarado diante da Comissão de Anistia (o qual teve seu mérito julgado improcedente)²⁴, no processo judicial movido pela sucessão diante da Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN (que restou julgado procedente)²⁵. Por serem inúmeros documentos, dá-se neste artigo preferência para aqueles que revelam os fatos ocorridos com Carlos Prestes de Moura e com a sua família.

Anos depois da morte de Carlos Prestes de Moura, ainda decorrente desses fatos, sua sucessão pleiteou perante a Comissão de Anistia indenização de ordem material pelos danos sofridos no lapso temporal não albergado pela anistia (anos anteriores a 1988)²⁶, porém teve seu pedido negado com base na anistia alcançada e em razão do recebimento do benefício da Lei nº 11.042/97²⁷. De qualquer sorte, vale destacar que, tal qual consignado no processo judicial movido em face da CORSAN, restou reconhecido ser “inegável a perseguição sofrida pelo falecido cônjuge da recorrente, uma vez que fora preso, sendo em seguida afastado do seu cargo na Companhia Hidráulica de Carazinho/RS, por força de arbitrário Ato Institucional”²⁸.

Os documentos apresentados para a Comissão de Anistia se iniciam pela “Requisição de Benefícios da Lei nº 11.042/97”, na qual alguns dados da pessoa que teve seus direitos violados no regime militar eram preenchidos. Além das informações pessoais de Carlos Prestes de Moura, destacam as seguintes questões e respostas: a) qual o período de prisão e o local? De 19/04/1964 a 22/05/1964, no SESME (pelo DOPS); b) houve, durante a prisão, a ocorrência de sevícias? Sim; c) houve, durante a prisão, a ocorrência de maus-tratos? Sim; d) A vítima pertenceu a algum partido ou organização política no período das prisões? Sim. Simpatizante do PTB – Brizolista; e) Quais os problemas físicos decorrentes da prisão? Em curto período contraiu tuberculose em último grau que o acompanhou pelo resto da vida; f) Quais os problemas psíquicos decorrentes da prisão? Depressão intensa e alcoolismo; g) Outros problemas decorrentes da prisão? Afastamento do emprego, tendo a necessidade da venda de seus bens para sustento. Foi excluído da sociedade e não conseguiu novo emprego²⁹.

Acompanhou a requisição a narrativa dos fatos, bem como documentos que davam conta do apoio que Carlos Prestes de Moura dedicava ao PTB e ratificavam os problemas advindos após a prisão³⁰. Ao lado desses documentos, estava a

24 Processo Requerimento de Anistia número 2002.01.07897.

25 Processo judicial número 2.674, da Comarca de Carazinho, julgado em 30/10/1996. Apelação número 597.095.272, de relatoria e voto do Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 26/06/1998.

26 Processo 2007.71.18.001748-1, laudas 19-22. E decisão da lauda 125.

27 Processo 2007.71.18.001748-1, laudas 229 e 255-256.

28 Requerimento de Anistia número 2002.01.07897. lauda 219, trecho do voto do Conselheiro Vanderlei de Oliveira que foi acompanhado pelos demais conselheiros. Voto pode ser encontrado no processo 2007.71.18.001748-1, laudas 247-255.

29 Processo 2007.71.18.001748-1, laudas 56-57.

30 Processo 2007.71.18.001748-1, laudas 66-68 e 119-121.



manifestação do Ministério Público no Inquérito Policial³¹ que apurava o envolvimento de Carlos Prestes de Moura nos eventos que motivaram a sua prisão. O parecer foi condensado e concluiu que, na Cidade de Carazinho, as atividades subversivas foram insignificantes, não havendo elementos suficientes para denúncia, nos termos da Lei de Segurança Nacional. Igualmente, não restou comprovada a existência do “Grupo dos Onze”. Quanto à existência de comunistas, apesar de encontrados alguns que foram alvo de delação e outros confessos, nenhum deles praticou, claramente, atos contra a ordem política e social, tudo nos termos do relatório do Major Rogério Lobo Filho e da investigação da 3^o Auditoria da 3^a Região Militar. Não obstante isso, à invasão a Rádio Carazinhense restou comprovada, mas não com o intuito de tomada do local e início de greve, e, sim, visando à remessa de telegrama de apoio ao Presidente João Goulart³². O parecer foi pelo arquivamento do inquérito policial.

Conforme narrado no tópico anterior, outra pessoa que restou presa no período foi o vereador carazinhense Sebastião Haeffner. Em apoio às sucessoras de Carlos Prestes de Moura perante o processo na Comissão de Anistia, a dita pessoa prestou declaração contando que foi preso na mesma oportunidade que Carlos Prestes de Moura e, assim como todos que estavam trancados no SESME, sofreu torturas psicológicas, ameaças de perda do emprego e de morte. Ao fim de sua declaração, afirma que o falecido sofreu de grave depressão e de quadro de alcoolismo ao retornar para sua comunidade³³.

Já a prova testemunhal se deu ao longo da instrução processual do processo em questão, tendo sido ouvida a autora Joana³⁴ que narrou os problemas e as dificuldades enfrentadas pela família, e quatro testemunhas, Romeu Barleze³⁵, Mussio Tales Correa³⁶, Norma G. Ramos³⁷ e Egon P. Kraemer³⁸, que corroboraram a dor, os prejuízos, as restrições e a humilhação sofrida pela família.

31 Nos autos, laudas 73-114, há cópia integral do Inquérito Policial, com interessantes depoimentos prestados pelos indiciados e pelas testemunhas, perante à autoridade policial.

32 Processo 2007.71.18.001748-1, laudas 71-72.

33 Processo 2007.71.18.001748-1, laudas 119.

34 Disse em seu depoimento: “não tem conhecimento quanto à suposta invasão da Rádio Carazinho, na noite de 01.04.1964. Sabe que seu marido foi preso no ano de 1964, sendo levado a Porto Alegre, ficando preso por um mês. Refere que foi visitá-lo, mas foi impedida de ter contato com o cônjuge. Indagada quanto ao tempo da prisão, a Autora afirma que o seu marido pode ter ficado preso menos de um mês. Não consegue recordar o tempo certo da segregação. Que seu esposo foi exonerado do serviço público no dia 05.09.1964. Que o *de cujus* não conseguiu emprego em decorrência de ser taxado como “brizolista, comunista”. Que a família passou por sérias dificuldades financeiras, inclusive fome, pedindo ajuda a parentes e a amigos. Que a depoente era costureira e afirma que foi perdendo suas clientes tendo em vista que também era perseguida. Refere que a família sofreu humilhações. Que passou anos procurando emprego, sendo que o *de cujus* e só conseguiu trabalho, em uma empresa fora de Carazinho, uma construtora de estradas. Trabalhou nas obras entre Soledade a Carazinho. Que o falecido teve tuberculose, ficando alguns anos em casa afastado do serviço. Teve problemas de depressão falando em suicídio. Que começou a beber, tornando-se alcoolista. [...] Que o trabalho da depoente (costureira) sustentou a família por alguns anos, prejudicada em decorrência dos acontecimentos políticos. Nada mais disse nem lhe foi perguntado”. Processo 2007.71.18.001748-1, lauda 343.

35 Processo 2007.71.18.001748-1, lauda 344.

36 Processo 2007.71.18.001748-1, lauda 345.

37 Processo 2007.71.18.001748-1, lauda 347.

38 Processo 2007.71.18.001748-1, lauda 348.



3.3 Da contestação

A União em resposta à demanda proposta advogou, preliminarmente, pela existência de prescrição quinquenal do direito à indenização moral, que, em tese, teria começado a fluir ainda no ano de 1964. No mérito, sustentou não ser devida qualquer forma de indenização, já que a anistia concedida para Carlos Prestes de Moura, nos termos do art. 8º e § 2º da ADCT e da Lei 10.559/02, torna outros pedidos de indenização improcedentes. Por fim, defendem a inexistência de dano moral, bem como a sua não comprovação nos autos.

3.4 Da sentença

A sentença de primeiro grau³⁹ iniciou afastando a prejudicial de mérito que alegava a prescrição do direito reparatório, calcando-se na interrupção da prescrição do art. 202, VI, do Código Civil de 2002 cumulada com o art. 8º, da ADCT, diante do advento da Lei 10.559/02 que renunciou à prescrição ao reconhecer o direito de reparação dos anistiados políticos. Porém, foi além sustentando que o regime militar foi um período em que a normalidade não estava presente, de modo que a violação de direitos fundamentais não pode ser objeto de prescrição dada a indisponibilidade do bem tutelado.

No mérito, iniciou sua ponderação defendendo a responsabilidade objetiva do Estado. Ato contínuo, sustentou que as perseguições políticas ao longo do regime militar são fatos reconhecidos pelo Estado que, inclusive, através da Lei 10.559/02 e do art. 8º, da ADCT, regulamentou formas de indenização às vítimas. Quanto ao caso concreto, disse inicialmente, no que toca aos fatos que motivaram o processo:

O reconhecimento do Poder Público Estadual, somadas às circunstâncias fáticas, não dão azo à dúvida quanto à abusividade perpetrada pelos agentes públicos contra o Sr. Carlos Prestes de Moura. É evidente que sua demissão decorreu de ato estritamente político, assim como a sua prisão, pois considerado subversivo à ordem instalada. Ademais, é notório que pessoas assim tachadas eram desligadas do serviço público, assim como de seus empregos privados. Embora não se tenha a certeza de que o de cujus tenha participado da manifestação que culminou na invasão da Rádio Carazinho, em 01/04/1964, é certo, segundo os depoimentos testemunhais colhidos em juízo, que o Sr. os era filiado ao PTB, partido de oposição ao Regime Militar, sendo conhecido pela comunidade como “Brizolista”, ou seja, pertencente ao grupo de pessoas simpatizantes aos ideais políticos defendidos por Leonel Brizola, um dos principais opositores ao Regime, além de ser natural da região de Carazinho⁴⁰.

Em seguida, prosseguiu ingressando no mérito do dano moral postulado, oportunidade em que assim fez constar:

39 Processo 2007.71.18.001748-1, laudas 386-396.

40 Processo 2007.71.18.001748-1, laudas 391.



Embora não se tenha mais notícia de outros eventos de oposição em que o extinto tenha participado, os fatos narrados desencadearam uma série de lesões a direitos fundamentais, que não abalaram só a pessoa do *de cujus*, mas também a sua família, passando por restrições financeiras, bem como morais. [...] Ora, a reparação a que se visa não se refere a uma questão material, mas sim moral [...] A razão é simples: as consequências da perseguição política não se restringem à prisão ou ao desligamento do *de cujus* do serviço público; elas vão muito além. Ademais, como muito bem salientado pelo Conselheiro Armando de Oliveira Pimentel, no voto-vista emitido na Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (fls. 221/8), a indenização paga pelo Estado restringiu-se ao ato de segregação, assim como não pode ser tida a reintegração no serviço público como indenização. Os danos ocasionados pelo Regime Militar junto à família das Demandantes tiveram início com a prisão do Sr. Carlos. A partir daí houve a perda da principal fonte de renda. A família atravessou séria crise financeira, somada à discriminação sofrida pela comunidade em que viviam, já que, como notório é, as pessoas tachadas pelo governo como comunistas eram ignoradas coletivamente, muito em razão do medo que era imposto pelo Regime. O sustento passou a advir exclusivamente do trabalho da Autora Joana, na condição de costureira. A situação de desemprego do marido levou-o à depressão e, por conseguinte, ao alcoolismo. [...] Da mesma forma, o dano não se limitou à prisão ou à perda injusta do emprego, mas sim se estendeu por todo o período em que vigorou a ditadura, o que só cessou com a democratização e com o reconhecimento das ofensas pela Constituição Federal de 1988. Assim, por entender que a perseguição política e o dano causado à família do Sr. Carlos Prestes de Moura restaram devidamente comprovados, não se limitando aos acontecimentos do ano de 1964, mas se estendendo ao longo do Regime Militar, face à discriminação social e demais consequências materiais e morais que tiveram que suportar, sendo que o valor pago pelo Estado não pode servir de óbice para o pagamento de uma indenização justa por quem, de fato, foi responsável pela imposição do Regime Político, a União Federal, tenho que as Demandantes fazem jus à pretensão externada⁴¹.

Como se extrai da sentença, o juízo defendeu que a família sofreu diretamente com os abusos perpetrados contra o esposo/pai, sendo a indenização moral devida pela União, mormente porque o valor pago a título de anistia não se confunde com o direito ora pleiteado. Demais disso, realizou sua fundamentação com base em direitos fundamentais violados, exercendo notório exercício de jurisdição constitucional, máxime quando do confronto dos valores maiores da Constituição em face das Leis infraconstitucionais relativas aos valores pagos aos anistiados em reparação. Ao fim,

41 Processo 2007.71.18.001748-1, laudas 392-393.



a decisão condenou a união ao pagamento de R\$ 75.000,00 às demandantes⁴².

3.5 Um comentário perfunctório sobre o processo

Como se viu o processo envolve mais um caso de um cidadão carazinhense que se opunha ao regime militar. O contexto anteriormente narrado demonstra, brevemente, que os efeitos da ditadura também atingiram a Cidade de Carazinho e fizeram vítimas com prejuízos inenarráveis. É preciso que se diga, assim, que a decisão de primeiro grau se mostrou acertada. Observou os fatos históricos e as provas coligidas ao longo do processo, reconhecendo que o Estado brasileiro violou direitos fundamentais tanto das autoras, quanto de seu falecido familiar.

Em termos próximos à filosofia do direito seria fácil – e apropriado – sustentar que existem direitos mais peremptórios e mais dignos de proteção que outros, de sorte que, uma vez violados os direitos humanos das autoras, elas deveriam ser indenizadas. Porém, a sentença foi tecnicamente e juridicamente (bem) fundamentada.

Primeiro, foi afastada adequadamente a prescrição com a legislação local. Poderia, ainda, ter ido além e, com base no movimento de universalismo e da supraconstitucionalidade⁴³, ter argumentado com base nos tratados internacionais, mormente com fulcro na “Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade” – da qual o Brasil não é signatário – lançando em sua argumentação a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. No mérito, aplicou adequadamente a responsabilidade civil objetiva do Estado e, ato contínuo, analisou as provas, reconhecendo que os crimes de lesa humanidade ocorridos no regime militar também se deram com Carlos Prestes de Moura e afetaram as autoras nos anos de 1964 a 1992. E isso ocorreu sem maiores obstáculos, já que os elementos probatórios foram suficientes para essa conclusão. Daí a necessidade de se julgar como procedentes os pleitos exordiais.

Quanto ao valor indenizatório fixado, parece ser meramente simbólico, já que é impossível ponderar exatamente todo o dano das autoras. Por certo que os R\$ 75.000,00 virão confortar as requerentes temporaneamente, mas é ainda mais certo que tal monta não se aproxima nem do primeiro ano de angústia, dor e humilhação

42 Ambas as partes apelaram, as requerentes postulando a majoração da verba indenizatória e o réu postulando a reforma da sentença, no sentido da improcedência dos pedidos iniciais (fls.398-425). Contrarrazões foram apresentadas e o Ministério Público Federal se manifestou nos autos, aduzindo que os apelos deveriam ser conhecidos, porém não providos (fls.428-452). Os autos foram remetidos ao segundo grau onde a sentença de primeiro grau foi mantida em seus próprios termos (fls.453-458). Embargos de declaração foram interpostos pela União, atacando – em nova argumentação – a ilegitimidade passiva das partes, não sendo acolhidos, porém sem a apreciação do argumento (fls.462-470). Ainda inconformada, a União propôs Recurso Especial (fls.474-490), reiterando os argumentos até então defendidos e insistindo na argumentação acerca da ilegitimidade processual não apreciada em sede de embargos de declaração. O Recurso Especial foi recebido e encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça que anulou a decisão lançada no julgamento dos embargos, por entender existente violação ao art. 535, II, do CPC, já que deveria ter ocorrido manifestação quanto à legitimidade das partes e quanto aos honorários fixados, determinando a baixa dos autos para segunda instância para nova decisão (fls.491-507). Assim, retornou o processo e, em segundo grau, aguarda apreciação (Movimentação ocorrida até o dia 16/12/2011).

43 Para melhor referência ver GOMES, Luiz Flávio; Mazzuoli Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional**: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.183-191.



retratado pelas provas, tampouco consegue dar conta do grau de culpa do ofensor e da sua capacidade econômica. Ademais, em esdrúxula comparação, pondera-se que, guardadas as proporcionalidades da época e da moeda, tal valor era recebido mensalmente por oficiais de alta patente militar que estavam à frente da ditadura. Isso sem mencionar os desvios de dinheiro público e a evasão de divisas ocorridas no regime militar⁴⁴.

4 CRÍTICA JURÍDICA SOBRE O PROCESSO Nº 2007.71.18.001748-1 DIANTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PERDA DE CHANCES

O processo acima observado, em que pese ainda não transitado em julgado, contou em duas oportunidades com o reconhecimento das violações de direito cometidas pelo Estado, ao longo do regime militar, contra Carlos Prestes de Moura, dos danos sofridos por ele e por sua família, advindos de ditas violações, e da existência de prejuízos a serem indenizados, decorrentes dos danos imateriais, mesmo diante das disposições legais acerca da reparação dos politicamente anistiados. Como se percebeu, as autoras postularam reparação por danos morais sofridos e, em primeiro e segundo grau, ainda que precariamente, obtiveram sucesso. Porém, o que se propõe no momento é uma análise alternativa dos pedidos iniciais, valendo-se da teoria jurídica da perda da chance aliada com o papel da jurisdição constitucional, da justiça de transição e da comissão da verdade e da justiça na defesa e promoção dos direitos fundamentais.

Preservando-se os fatos, tem-se que – e não só no caso em apreciação – os eventos nefastos e os crimes de lesa-humanidade cometidos pelo Estado ao longo do regime militar brasileiro causaram a perda de inúmeras possibilidades à família de Carlos Prestes de Moura, as quais deve(ria)m ser objeto de reparação já que, sem dúvida, alteraram drasticamente o futuro das pessoas envolvidas.

A teoria da perda da chance é de origem francesa (*perte d'une chance*) e no Brasil ficou largamente conhecida com o julgamento do REsp 788.459/BA⁴⁵, no qual uma participante do programa “Show do Milhão” postulava indenização de um milhão de reais em razão de que, ao chegar na última pergunta do programa, a qual lhe dava a chance de acertá-la e ganhar o prêmio no valor citado, não lhe foram dadas opções corretas, de modo que se tornava impossível o acerto. O caso foi julgado procedente, porém a indenização restou arbitrada em R\$ 125.000,00, por “equivalente a um quarto do valor em comento. Por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens, reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida”⁴⁶, a partir dos 50% das chances iniciais de acerto, removidos os 50% das chances de erro.

Como se percebe, a teoria trata dos casos em que a chance – ainda que apenas uma – é retirada do poder de escolha da pessoa ou quando a chance é removida

44 ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Projeto Brasil nunca mais**. Tomo I: O regime militar. São Paulo: Arquidiocese de São Paulo, 1985, p.19.

45 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 788.459/BA**. Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 16 nov. 2011.

46 Ibidem.



das possibilidades de exercício futuro da pessoa. Logo, há casos em que a chance é conhecida e outros em que ela ainda é desconhecida, podendo ser exercitada no futuro. Em melhor síntese explica Godim:

Este novo enfoque da clássica teoria da responsabilidade civil foi uma criação jurisprudencial francesa, que significa a perda de uma chance de cura. Alguns doutrinadores traduzem somente a perda de uma chance de cura, limitando sua aplicação somente para os casos de responsabilidade médica. Foi em 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, que pela primeira vez se utilizou tal conceituação. Tratava-se de um recurso acerca da responsabilidade de um médico que teria proferido o diagnóstico equivocado, retirando da vítima suas chances de cura da doença que lhe acometia⁴⁷.

Tal tese não se vincula ao resultado final, mas sim à possibilidade, à chance perdida de se alcançar determinado benefício de interesse pessoal, o qual já está incorporada ao patrimônio jurídico da pessoa. Bem se sabe das críticas doutrinárias presentes neste espaço, notadamente no que diz respeito à aferição da potencialidade da perda, tanto que se defende a perda de uma possibilidade e não de uma probabilidade. Ocorre que, uma vez que se trabalha com a ideia da perda de uma possibilidade e não de um resultado, é impossível remover a ideia de que o futuro é incerto e que, portanto, não existe a possibilidade de provar qual seria o resultado final⁴⁸, de modo que, se “fosse retirado o ato ilícito da cadeia dos fatos que antecederam o resultado final, jamais poderia esse ser demonstrado”⁴⁹. Por tal razão é que, como bem adverte a Min. Nancy Andrighi, o poder judiciário deve ter sensibilidade para ponderar, diante do caso concreto, se houver perda da(s) possibilidade(s) de exercício de certa(s) chance(s) – ainda que somente fossem se revelar no futuro – e se daí sobreveio dano legítimo, o qual deverá ser indenizado não

47 GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil**: teoria da perda de uma chance. *In*: Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, v. 840.

48 *Ibidem*, p. 62-63.

49 BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9793-9792-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 dez 2011: “Para os adeptos da corrente tradicional, como inexistente possibilidade de se determinar qual seria o resultado final, não se cogita em dano pela perda da chance, pois esta recai na seara do dano hipotético, eventual. Afigura-se-nos equivocada a afirmativa de vincular a chance perdida com o eventual resultado final. Acentua-se que a oportunidade de ganho ou de se evitar um prejuízo, por si só, já é incorporada no patrimônio jurídico do indivíduo. Sendo assim, a sua violação ensejará indenização. Pode-se dizer, com toda a convicção, que a chance não pode ser analisada como a perda de um resultado favorável, mas sim como a perda da possibilidade de angariar aquela vantagem. Vale dizer, ainda, que além da indenização material, a vítima pode vir a sofrer o dano imaterial”.



com vistas ao resultado final, mas sim mirando a perda da chance⁵⁰.

Não me escapa o fato de que a doutrina tradicional vem sendo testada. Com efeito, a complexa realidade fática confronta as regras consolidadas acerca da responsabilidade civil. [...] Ocorre que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dados, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas⁵¹.

No caso concreto, se vê que as violações realizadas pelo Estado contra Carlos Prestes Moura atingiram sua família e, a partir daí, inúmeras possibilidades foram removidas da cadeia de eventos futuros. Muitos desses eventos, é verdade, não passam de probabilidades que poderiam, aleatoriamente e ocasionalmente, ocorrer. Outras, porém, há notáveis possibilidades que se concretizassem. Ou seja, trabalha-se com eventos improváveis de um lado e com eventos quase certos de outro lado⁵².

O dano, diante das provas coligidas nos autos, resta aclarado e de fácil percepção; a vida das autoras, a partir da prisão de Carlos Prestes de Moura, foi recheada com humilhação, angústia, perdas, privações de ordem material, imaterial e social, e, quiçá, com ricochetes de raiva, desprezo e indiferença. Há, certamente, danos materiais e morais, como reconhecido nos processos intentados por Carlos Prestes de Moura e sua família.

Mas a questão oportuna é a perda das chances decorrentes das violações e dos danos. Pode-se dizer que é quase certo que as autoras não seriam humilhadas e achincalhadas de “subversivas”, “comunistas”, “traidoras”, “inimigas da pátria”, tampouco seriam preteridas e evitadas socialmente. A título de exemplo, as chances

50 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.75: “Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável. A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis”.

51 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 965.758/RS**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/08/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 16 nov. 2011.

52 GONDIM, op. cit., p. 67. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br>>. Acesso em: 02 dez 2011: “Por exemplo, o indivíduo que adquire um veículo que demora a ser entregue pelo vendedor, em razão dessa espera, propõe uma ação de indenização, sob o fundamento de que restou frustrada a possibilidade em firmar contrato de transporte com terceiro. Se a probabilidade em firmar tal contrato não restar demonstrada, tratando-se de simples esperança, não há que se falar em reparação com fundamento na teoria da perda de uma chance, pois não existe prova de que uma situação favorável aconteceria. Portanto, sem comprovação de que o desencadeamento de eventos acarretaria um efetivo benefício, não há que se falar em chances”.



perdas podem ser facilmente visualizadas no espaço do trabalho da autora Joana Celda de Moura (costureira) que, desde os eventos abusivos que sobrecaíram sobre sua família, teve, conforme devidamente comprovado no processo, sua clientela drasticamente afetada e o valor de seu labor reduzido. No mesmo sentido, a prova demonstrou – e isso também é fato histórico – que as pessoas taxadas de comunistas eram discriminadas e barradas no mercado de trabalho. Tais discriminações atingiram as autoras.

Igualmente, é quase certo que teriam melhores condições de vida já que, materialmente, poderiam gozar dos proventos de Carlos Prestes de Moura e dos trabalhos em condições normais da autora Joana – isso sem mencionar a probabilidade de a filha ser alocada no mercado de trabalho –. Ainda, não passariam fome, como suportaram. Já, não materialmente, inúmeras são as possibilidades perdidas: a um, a família poderia ter aproveitado a plenitude e o melhor do familiar Carlos Prestes de Moura, evento que não ocorreu porque o ente foi acometido por depressão e alcoolismo; a dois, não teriam angustiado a situação de ver o esposo/pai perder a sua essência de vida em curto período de tempo; a três, levariam uma vida ao menos normal, se não fossem rotuladas de “comunistas”, sem restrições sociais e discriminações em geral.

Ainda, pode-se cogitar, mesmo que tanto se aproxime em muito das probabilidades aleatórias, que é quase certo que a vida da família seria outra, com significantes, possibilidades e benesses diversas, mormente no auge do regime militar, quando o ferrolho de limitações era mais austero.

O que se pretende dizer, portanto, é que no caso do Processo nº 2007.71.18.001748-1 resta comprovada que não uma, mas inúmeras chances foram perdidas pelas autoras em razão da cadeia de eventos trazidas pelo regime militar e que atingiram sua família.

É certo, entretanto, que a teoria da perda da chance deve ser vista e utilizada com cuidado, pois não pode se tornar no “salvador da pátria”⁵³, no sentido de se valer dela para fundamentar a reparação, sem que estejam presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil. Ao mesmo tempo, apesar de parecer claro que os eventos do regime militar dão azo para a aplicação da teoria da perda da chance, não é em todo caso que ela deve ser aplicada, máxime quando a perda da chance se deu pela conjuntura própria do período, mas sem abuso ou violação. Significa dizer que o Judiciário deve estar atento para separar as chances perdidas que ocorreram de abusos do poder, violações e condutas arbitrárias do Estado, daquelas chances que se perderam pelo próprio regime militar ditatorial em si, já que estas são comuns a todas as pessoas e próprias de um período, de uma cultura e de um momento histórico. Caso assim não fosse pensado, seria o mesmo que culpar o Estado Democrático de Direito por eventual violação à soberania popular – e as chances a partir daí perdidas –, quando se projeta defesa a direitos fundamentais de uma determinada minoria.

Ao revés, as chances perdidas por abusos do poder, violações e condutas arbitrárias do Estado, como é exemplo o Processo nº 2007.71.18.001748-1, devem

53 A expressão é utilizada por GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná-UFPR. Curitiba, 2010, p.88. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br>>. Acesso em: 02 dez 201.



ser indenizadas já que demonstradas concretamente não só as chances perdidas, mas também os demais requisitos da responsabilidade civil.

5 A TÍTULO DE EPÍLOGO: A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA PERDA DA CHANCE

A partir do que até então foi dito, já é possível verificar uma relação de causalidade entre a teoria da perda da chance e a singular importância da atuação da justiça de transição, já que será a contar dos seus sucessos que a verdade e a solução para inúmeros casos ainda não determinados adequadamente irá aparecer⁵⁴. Deve-se começar tendo como premissa a ideia de que “as estratégias da justiça transicional são arquitetadas em contextos nos quais a paz é frágil ou os perpetradores conservam um poder real, deve-se equilibrar cuidadosamente as exigências da justiça e a realidade do que pode ser efetuado a curto, médio e longo prazo”⁵⁵, logo pode-se dizer que suas metas consistem:

(a) na revelação da verdade, mediante a abertura de arquivos do período e a criação de comissões da verdade imparciais; (b) na responsabilização pessoal dos perpetradores de graves violações de direitos humanos, entendendo que a situação de impunidade é fator de inspiração e dá confiança a quem adota práticas violadoras de direitos; (c) na reparação patrimonial dos danos às vítimas, através de indenizações financeiras; (d) na reforma institucional dos serviços de segurança, expurgando de seus quadros quem propagava a teoria do período; (e) na instituição de espaços de memória, para que as gerações futuras saibam que, no país, se praticou o terror em nome do Estado^{56,57}.

A partir de suas metas pode-se traçar um paralelo com a sua importância para a responsabilização estatal e reparação das vítimas pelas chances perdidas. A revelação da verdade se prestaria precipuamente, para apurar os pormenores cometidos no regime militar, auxiliando, dessa forma, em esclarecer quem foram os lesados e, portanto, quem possivelmente perdeu boas chances em suas vidas. Isso pode se dar, notadamente, por meio das comissões da verdade e da justiça que,

54 LEAL, Rogério Gesta. **O direito fundamental à verdade, à memória e à justiça em face dos atos de morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: qual a responsabilidade do Estado?** Texto inédito, não publicado. P.115.

55 ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Ministério da Justiça. – N. 1 (jan. / jun. 2009). - Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p.34.

56 LEAL, Rogério Gesta, Justiça de transição e a responsabilidade do estado por atos de tortura e desaparecimento de pessoas nos regimes de exceção. In: **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Cood. Jorge Renato dos REIS e Rogério Gesta LEAL. Tomo 11: EDUNISC, 2011, p.247-248.

57 LEAL, Rogério Gesta. **O direito fundamental à verdade, à memória e à justiça em face dos atos de morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: qual a responsabilidade do Estado?** Texto inédito, não publicado. P.95.



além da sua missão original, poderá dar voz e espaço público para testemunhas e lesados, contribuindo para a confrontação de fatos e versões, em prol da elucidação da verdade e para uma espécie de válvula catarse de sentimentos indesejados⁵⁸. Advém daí a importância de se trabalhar a verdade como direito fundamental – individual e social.

Responsabilização e reparação se justificam para demonstrar comprometimento do Estado para com a comunidade e, principalmente, para com o universo de lesados, apontando e punindo os responsáveis pelos hediondos crimes do período militar e amenizando as vítimas e sucessores das vítimas com uma reparação que, muitas vezes será meramente simbólica⁵⁹. É preciso ter em mente, contudo, ainda mais quando se pensa em nível de perda de chances no passado, que o simbolismo da reparação às vítimas não deve ser tomado como banal. Ao revés, deve ser considerado seriamente, sem fins utilitaristas, mormente porque advindos de barbáries institucionais.

A reforma institucional é ponto deveras importante, máxime porque será através dela que se dá a limpeza de eventuais resquícios de ideias em desfavor dos direitos humanos, da democracia, da pluralidade e dos direitos fundamentais. É somente a partir desse saneamento que se poderá pensar nas metas acima, bem como na condução circunspecta da responsabilização do Estado pela perda de chances. Ponderação destacável é dada por Zyn:

Para confrontar as atrocidades em massa é preciso – ainda que às vezes esse processo não seja suficiente para punir os perpetradores – estabelecer a verdade sobre as violações e reparar as vítimas. Nesse sentido, é imperioso mudar radicalmente, e em alguns casos dissolver, as instituições responsáveis pelas violações dos direitos humanos. Nesse sentido, os governos recém- estabelecidos são responsáveis, mas as comissões da verdade também têm um papel importante. No geral, as comissões da verdade estão habilitadas para fazer sugestões em seus relatórios finais a respeito das medidas legais, administrativas e institucionais que devem ser tomadas para evitar o ressurgimento dos crimes sistemáticos do passado. Os governos também devem considerar a possibilidade de adotar programas de depuração e saneamento administrativo visando assegurar que as pessoas responsáveis pelas violações dos direitos humanos sejam retiradas dos cargos públicos, além de evitar que voltem a ser empregadas em instituições governamentais. A remoção das pessoas que violaram os direitos humanos de cargos que implicam confiança e responsabilidade constitui uma parte importante do processo para estabelecer ou restaurar a integridade das instituições estatais⁶⁰.

58 ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Ministério da Justiça. – N. 1 (jan. / jun. 2009). - Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p.35.

59 LEAL, Rogério Gesta, Justiça de transição e a responsabilidade do estado por atos de tortura e desaparecimento de pessoas nos regimes de exceção. In: **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. (Orgs.). Jorge Renato dos REIS e Rogério Gesta LEAL. Tomo 11: EDUNISC, 2011, p.248.

60 ZYL, op. cit., p.37.



Por fim, a criação de espaços de memória são altamente recomendáveis para possibilitar que as futuras gerações conheçam o passado, vivam o presente em paz e evitem erros de intolerância e abuso de poder no futuro, fomentando-se a busca pela proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais no sentido pré-violatório⁶¹.

É o sucesso de pelo menos boa parte dessas metas, desde que inicialmente voltadas para a pacificação e para a construção da verdade e da memória, que garantirá uma comunidade comprometida com o respeito às vítimas e com a conservação da democracia e dos direitos fundamentais⁶².

Não se pode esquecer, contudo, que o atendimento das metas perpassa pela discussão de como equilibrar direitos fundamentais; de um lado às vítimas e de outro os violadores. Entretanto, não se deve olvidar, tampouco ser leviano, com os atos de lesa-humanidade cometidos ao longo do regime militar, insistindo em deixar na penumbra tudo o que foi perpetrado no período. O Brasil, por motivos diversos (alguns bem articulados por interesses políticos), bloqueou o acesso às informações e aos documentos coletados que dizem respeito ao período militar brasileiro. Tais dados – é preciso assumir – tratam, ao fim e ao cabo, da memória e da identidade cultural brasileira e, portanto, merecem especial destaque quando ponderados diante do outro direito fundamental, notadamente quando se tratar daquele que violou direito de outro(s).

A ausência (ou a omissão) do Estado brasileiro em revelar, punir e indenizar, em tempo hábil e adequado, as vítimas diretas e indiretas do regime militar, não pode converter, agora, no leve pensamento de que passado tanto tempo, o melhor é, apenas, pensar no futuro. Há muitas famílias para quem a Justiça (agir da jurisdição e agir político) ainda nega uma visita. A questão de como compatibilizar direitos fundamentais é crítica, porém não pode se converter em novo argumento para uma retórica descomprometida com os princípios e valores constitucionais e, mais, para com os direitos humanos (e não só os fundamentais).

Daí porque pensar na responsabilização do Estado pelas chances perdidas pelas vítimas do regime militar seja um exercício que demanda empenho, compromisso e sensibilidade, não só com as histórias dos lesados, mas também com todo um passado cultural brasileiro de violência e violações. A justiça de transição, aliada à jurisdição constitucional, parece ser o meio eficaz para nortear a ação dos Poderes

61 RUBIO, David Sánchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p.16: “Para demonstrar o que afirmamos, devemos nos fixar neste pequeno exercício de reflexão: quantas violações de direitos humanos ocorrem todos os dias no mundo ou mesmo nos Estados que se dizem de direito? Certamente, muitíssimas, um número incalculável. Quantas destas violações são atendidas judicialmente, com sentença favorável e efetiva? Certamente que, sendo generosos, a proporcionalidade será de 0,0001%. Portanto, algo ocorre quando nosso imaginário caminha por paisagens tão pequenas. Se observarmos bem, é curioso comprovar que circunscrevemos direitos humanos a uma simples reivindicação ou demanda judicial, interposta ante os tribunais uma vez que os mesmos tenham sido violados. Logo, costumamos defender uma concepção pós-violatória dos direitos humanos, ignorando ou fazendo pouco caso da dimensão pré-violatória. Os direitos humanos parecem que somente existem uma vez violados, não importando-nos aquela dimensão de sua realidade que se constrói e se destrói antes de acudir-se ao Estado”.

62 LEAL, Rogério Gesta, Justiça de transição e a responsabilidade do estado por atos de tortura e desaparecimento de pessoas nos regimes de exceção. In: **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. (Orgs.). Jorge Renato dos REIS e Rogério Gesta LEAL. Tomo 11: EDUNISC, 2011, p.249.



Estatais quando da reparação das chances perdidas, fornecendo subsídios para uma decisão fundamentada e atrelada aos valores e princípios humanos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os abusos de poder e as atrocidades ocorridas no regime militar brasileiro formam uma mancha escarlate nos anais da história local. Arbitrariedades em favor de uma ideologia facilmente questionável foram perpetradas em todo o país por anos que, para muitos, significou boa parte da sua vida sob medo, tensão e insegurança. O caso analisado neste artigo diz respeito a uma família da Cidade de Carazinho/RS que, a exemplo de outras tantas, foi vítima da ditadura e hoje espera uma resposta – de reconhecimento e reparação – justa do Estado aos danos morais que sofreu.

Sem prejuízo de valores alcançados a título de anistia política, os danos morais vivenciados carecem ser reparados. Na mesma linha deve ocorrer com as chances perdidas. Evidentemente que só por se tratar de um período ditatorial, de ferrenha repressão e restrição, muitas chances foram perdidas, mas reporta-se àquelas chances perdidas em razão de arbitrariedades, abusos e violações. Esses casos merecem uma atenção especial do Estado.

Uma resposta digna para os casos de perda de chance no passado tende a ser mais bem trabalhada a partir das metas da justiça de transição, a qual, além de fornecer subsídio para uma revisão de conceitos e propostas em nível geral, ainda pode nortear a ação dos Poderes Estatais, para uma atuação empenhada, comprometida e sensibilizada com os valores e princípios humanos, quando da reparação das chances perdidas.

REFERÊNCIAS

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Projeto Brasil nunca mais**. Tomo I: O regime militar. São Paulo: Arquidiocese de São Paulo, 1985.

BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 01 dez 2011.

BRASIL. Justiça Federal. **Processo 2007.71.18.001748-1**. Órgão Julgador: Juízo Subs. Da Vara Federal e JEF de Carazinho. Órgão Atual: Carazinho. Juiz: Felipe Veit Leal.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 788.459/BA**. Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 16 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 965.758/RS**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/08/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 16 nov. 2011.

BRAUN, Cláudio Damião **“Todos contra o PTB”**: disputas políticas no norte do Rio Grande do Sul (1961/1964). Dissertação de Mestrado, 2006, Disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/memorial>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo:



Atlas, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; Mazzuoli Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná-UFPR. Curitiba, 2010, p.62-63. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br>>. Acesso em: 02 dez 2011.

_____, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, v. 840.

LEAL, Rogério Gesta, Justiça de transição e a responsabilidade do estado por atos de tortura e desaparecimento de pessoas nos regimes de exceção. In: **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. (Orgs.). Jorge Renato dos REIS e Rogério Gesta LEAL. Tomo 11: EDUNISC, 2011.

_____, Rogério Gesta. **O direito fundamental à verdade, à memória e à justiça em face dos atos de morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: qual a responsabilidade do Estado?** Texto inédito, não publicado.

RUBIO, David Sánches. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Getúlio a Castelo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Ministério da Justiça. – N. 1 (jan. / jun. 2009). - Brasília: Ministério da Justiça, 2009.



NEOCONSTITUCIONALISMO E PENSAMENTO CRÍTICO NO BRASIL: INTERFACES E DIÁLOGOS (NECESSÁRIOS) EM TEMPOS DE CRISE

Vladimir de Carvalho Luz¹

Viviane Candeia Paz²

1 INTRODUÇÃO

Inicia-se este trabalho por uma questão seminal formulada por Boaventura de Sousa Santos: afinal, por que é tão difícil a constituição e a afirmação de uma teoria crítica, mormente num contexto contemporâneo tão repleto de insatisfações?³ Em paralelo: quais seriam as razões específicas da redobrada dificuldade histórica de afirmação do pensamento crítico do e no direito em países de modernidade tardia (ou incompleta) como o Brasil? As tentativas de resposta a essas questões passam pela compreensão do “mal-estar” ou da crise que paralisou a crítica contemporânea em diversos campos do pensamento.

É fato notório que o termo “crise” tem sido recorrente na filosofia e na teoria social. Particularmente nos campos da filosofia, da teoria política e da sociologia, abrangendo uma plêiade de autores marcantes nas últimas décadas, as ideias de crise de paradigmas, do Estado ou mesmo o colapso dos cânones da democracia conformaram os eixos temáticos e as preocupações que dominaram parte significativa da produção intelectual no contexto do continente europeu a partir do último quartel do século XX e sua recente virada. Essa tendência hegemônica de análise, empenhada em avaliar, direta ou indiretamente, o esgotamento de instituições políticas e a validade de pressupostos analíticos e métodos científicos, foi, em forte medida, o reflexo mais visível do macrodebate de fundo sobre o conflito entre modernidade *versus* pós-modernidade, do qual François Lyotard e a corrente francesa pós-estruturalista

1 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Atualmente é Professor convidado da Universidade de Passo Fundo (UPF). Editor Associado da Revista Justiça do Direito da Universidade de Passo Fundo. Líder do Grupo de Pesquisa em Jurisdição Constitucional e Democracia da UPF, Linha de pesquisa: Novo Constitucionalismo e transnacionalidade. Pesquisador nas áreas de Teoria do Direito, Serviços Legais, Pensamento Jurídico Crítico e Hermenêutica. Autor do livro: *Assessoria Jurídica Popular no Brasil* (Lúmen Júris, 2008).

2 Doutoranda pela Universidade de León, UNILEON, Espanha. Diploma de Estudos Avançados em Direito Civil pela Universidade de León, UNILEON, Espanha. Doutoranda em Direito pela UNIVALI, Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Jurisdição Constitucional e Democracia da UPF. Mestre em Direito, Cidadania e Desenvolvimento/Unijuí, Advogada e Professora de Direito Civil do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF.

3 SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. contra o desperdício da experiência – Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1, p. 24, *passim*.



explicitaram e ressaltaram de forma exemplar⁴.

Levando-se em conta a dificuldade de se datar ou delimitar⁵ os momentos precisos a partir dos quais a reflexão teórica (filosófica ou da teoria social) evidenciou a temática da crise como seu mal-estar existencial mais agudo e visível, também não são pacíficas as tipologias “moderno” e “pós-moderno”⁶. De todo modo, em meio a tantas variáveis a serem consideradas, pode-se inferir que os principais impasses e revezes oriundos de toda essa conjuntura foram fortemente sentidos na tradição⁷ de pensamento que pode ser genericamente nomeada como “crítica”. Nessa perspectiva, duas identificações imediatas ocorreram nesse processo global de crise: uma, para a qual a crise da ciência, da estética e da ética racional universalista, elementos centrais do humanismo⁸, seriam decorrentes da crise da própria razão, um influxo irracionalista que geraria nefastos efeitos para todo o conjunto de princípios e cânones formadores da tradição ocidental. Outra maneira pela qual esse fenômeno foi claramente observado e tematizado partiu de uma identificação da crise da modernidade (da razão e das metanarrativas) com o colapso e hipostasia de um modelo específico do pensamento crítico moderno, particularmente a matriz de pensamento oriunda do marxismo originário e algumas de suas vertentes revisionistas, abordagens que se consolidaram paulatinamente como modelos de análise visivelmente dominantes num campo disciplinar amplo, as quais ganharam destaque em importantes universidades e centros de pesquisas⁹.

É certo, então, que os impasses mencionados repercutiram fortemente nos modelos críticos de análise construídos solidamente já no século XX, na ampla área

4 Cf. LYOTARD, François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

5 Inúmeras são as possibilidades de delimitação temporal e autoral deste tema. Para Heidegger, *v.g.*, no campo da filosofia, Nietzsche seria o último filósofo da metafísica moderna. Para Boaventura de Sousa Santos, em outro prisma, Foucault, ao contrário do que parte da literatura afirma, não seria um filósofo de uma tradição pós-moderna, mas aquele que tentou produzir a grande e a última tentativa de uma teoria crítica moderna. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**: op.cit., p. 26.

6 Sobre a polêmica acerca da propriedade ou impropriedade do termo “pós-moderno”, é importante destacar, como ilustração, as próprias palavras de Jean Baudrillard, o qual, para muitos, seria um expoente típico da tendência pós-modernista: “A noção de pós-modernidade não passa de uma forma irresponsável de abordagem pseudocientífica dos fenômenos. Trata-se de um sistema de interpretações a partir de uma palavra com crédito ilimitado, que pode ser aplicada a qualquer coisa. Seria piada chamá-la de conceito teórico.” BAUDRILLARD, Jean. A Verdade oblíqua. **Revista Época**. Rio de Janeiro, n. 264, jun. 2003. Entrevista concedida a Luís Antônio Giron. Também disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,E_PT550009-1666,00.html>. Acesso em: 30 jul. 2009.

7 A expressão “tradição” será empregada ao longo de todo texto em dois sentidos complementares: 1) no sentido geral, correspondente à designação de escolas de pensamento, correntes filosóficas, modelos ou paradigmas da cultura ocidental nas esferas da filosofia, da teoria social ou do próprio direito; e 2) no sentido específico, não necessariamente oposto aos anteriores, que Gadamer atribui a esta noção, a qual será detidamente trabalhada na segunda parte desta pesquisa, quando da reflexão da Hermenêutica Filosófica.

8 O termo “humanismo” é ambíguo e amplo, abrangendo a tradição grega (*Paideia*), latina (*humanitas*), abarcando os movimentos filosófico e literário da segunda metade do século XIV, na Itália, identificando uma visão de mundo na qual o “homem”, o ser humano, é concebido como sujeito do conhecimento, sendo a base antropológica da filosofia da consciência.

9 Um exemplo paradigmático, a ser tratado mais adiante, foi o Instituto de Pesquisa Social, fundado em 1923, vinculado à Universidade de Frankfurt.



das *humanidades*, das ciências sociais¹⁰ como um todo, com destaque, ainda que indiretamente, no pensamento jurídico não dogmático em suas múltiplas dimensões, notadamente em relação aos esforços críticos tardios empreendidos por correntes jurídicas que se opuseram (com formulações teóricas ou ativismos) a outra crise específica do campo do direito: a crise do positivismo jurídico.

Partindo dessas premissas, mormente do ambiente de crise do pensamento crítico em geral e no direito, o presente trabalho enfrenta a seguinte questão de fundo: quais as interfaces (teóricas e práticas) e os bloqueios ainda verificados entre o ideário do novo constitucionalismo e o pensamento jurídico crítico no Brasil?

A proposta de análise, por óbvio, não pretende esgotar a temática posta. Procura-se, antes de tudo, apresentar um olhar capaz de indicar as interfaces entre o legado do pensamento crítico e o desenvolvimento de uma nova cultura constitucional no Brasil.

2 O PENSAMENTO JURÍDICO CRÍTICO NO BRASIL

Grosso modo, a queda dos regimes nazifascistas fez com que o estabelecimento de uma nova ordem jurídica nos países europeus implicasse a revisão, por parte dos operadores do direito, não só do direito positivo, mas da sua própria postura como juristas. Esse amplo movimento influenciou a retomada da crítica marxista no campo da prática institucional do direito. A história da tradição crítica no campo do direito esteve, desde então, vinculada à história particular dos movimentos de uma “crítica jurídica prática”¹¹ surgidos desses novos cenários. Essas tendências críticas obtiveram uma dimensão bem mais ampla e marcante, como evidencia a farta literatura disponível, extrapolando seu campo originário, restrito originalmente ao continente europeu, passando a influenciar pensadores e movimentos centrais da crítica na latino-américa. Não se quer, neste momento de análise, reescrever os pormenores deste processo de ampliação, mas faz-se necessário pontuar elementos mínimos do seu trajeto, que são elementos próprios de configuração da tradição crítica no direito de países latino-americanos, como o Brasil.

Na crítica de inspiração marxista, especificamente no campo do direito, os fatores “descontentamento com o real” e a “emancipação” foram os mais ressaltados. Tal destaque deriva da ligação estreita com as questões conjunturais e específicas da dimensão operativa do direito. A crítica marxiana voltada ao campo

10 Ao longo do texto, os termos ciências sociais, ciências da cultura ou do espírito são tratados como sinônimos.

11 Mesmo entendendo que, em certas situações, os juristas críticos denominados “práticos”, como, por exemplo, juízes e advogados, exercem paralelamente atividades acadêmicas e teóricas vinculadas às suas práticas, atendendo, nessa perspectiva, à lógica de unidade entre pensamento e ação, adota-se a tipologia de Wolkmer, na qual é possível distinguir vários níveis classificatórios da crítica jurídica, especialmente no contexto brasileiro, como, *v.g.*, na percepção de dois campos: uma crítica jurídica acadêmica e uma crítica jurídica prática. Com tais ressalvas, para efeito da análise proposta neste tópico, a expressão “crítica jurídica prática” designa aquela que é “exercida pelos operadores jurídicos profissionais, compostos por reduzidos mas crescentes segmentos da Magistratura, do Ministério Público e da Defensoria Pública, e por atuantes advogados militantes, identificados com as reivindicações dos grupos populares menos favorecidos da sociedade.” WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 149.



de expressão prática do direito elegeu tais questões para determinar a prevalência de um contraponto, se não o único, o mais decisivo naquele contexto específico: o positivismo jurídico e os seus efeitos na aplicação concreta do direito em desfavor da emancipação das classes dominadas. O fracasso ou os descaminhos da revolução implicavam um ideário crítico voltado às práticas cotidianas. Assim, um quadro geral de reformismo e adaptação de algumas teses marxistas marcaram os movimentos que se mostraram proeminentes nessa segunda via. Em vista da abordagem destes novos cenários e temas ligados à crítica marxista nos campos da atuação prática dos juristas, uma referência a Gramsci, autor não discutido no tópico anterior, faz-se relevante e será realizada no curso da presente análise.

Foi assim que, tendo por exemplo paradigmático o movimento do *Uso Alternativo do Direito* Italiano e os movimentos críticos consolidados na Espanha, o marxismo revisitado influenciou diretamente o campo da crítica jurídica prática brasileira. Um dos movimentos que espelham essa influência foi o *Movimento do Direito Alternativo* (doravante apenas MDA). O marxismo não era o núcleo desse movimento, mas, como afirma Andrade, era uma das influências notórias de vários dos seus membros. Não possuindo uma única orientação, o MDA se constituiu a partir da confluência de juristas de vários direcionamentos ideológicos, inicialmente formada por juízes gaúchos, aglutinados no período de abertura política brasileira na década de 1985, mobilizados inicialmente para elaboração de propostas à constituinte de 1987. Abarcando, logo após a sua “fundação”, em 1990, o espectro amplo de professores, juízes, estudantes, membros do Ministério Público, o MDA poderia ser caracterizado tendo em conta alguns princípios gerais adotados pelos seus membros, sendo eles a rejeição e o combate do capitalismo como modelo econômico, bem como do modelo político liberal burguês, combate à miséria a partir de uma luta pela efetivação dos direitos sociais e, além da crítica ao positivismo jurídico legalista e formalista, “uma certa simpatia de seus membros em relação à teoria crítica do direito”¹².

A crítica ao positivismo jurídico, ainda que não necessariamente pelo viés de um marxismo ortodoxo, era o grande contraponto. Ser crítico, neste movimento, significava ser, acima de tudo, crítico do positivismo jurídico. O positivismo jurídico significava um arcabouço teórico que conformava uma cultura jurídica dominante no campo da aplicação do direito. Esse campo tradicional, na avaliação do MDA, era refratário à emancipação das camadas espoliadas economicamente da sociedade e que, mesmo contempladas formalmente por um rol de garantias e direitos subjetivos presentes no ordenamento jurídico, não conseguiam a sua efetivação real. O positivismo jurídico se mostrava como um obstáculo porque estabelecia “mitos” e pressupostos que fortaleciam a cultura jurídica formalista que, ao invés de minorar as diferenças de classe e garantir a efetivação de direitos, ao contrário, acirrava tais diferenças. Esses pontos gerais componentes do núcleo do positivismo jurídico criticado eram, em síntese, a defesa da neutralidade ou apoliticidade do direito e dos seus aplicadores, primazia da forma do direito, em detrimento dos seus conteúdos materiais, o dogma da completude do ordenamento jurídico e a ausência de lacunas e a interpretação “mecanicista” por um método de exegese formal e logicista¹³.

12 WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ...** p. 48.

13 ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 50.



Essa notória insatisfação com o existente e a busca da emancipação que marcaram a crítica jurídica prática inspirada em elementos da visão marxista da sociedade enfrentaram, como todas as correntes críticas, seus impasses e paradoxos próprios. Afinal, como unir criticidade e juridicidade? Como ser jurista prático, necessariamente voltado a ser, como se defendia, um operador neutro da máquina ideológica e dominadora das estruturas jurídicas e, ao mesmo tempo, pregar a emancipação? Para ilustrar o enfrentamento desses paradoxos, destacam-se duas posturas ainda inseridas no campo da crítica jurídica, prática de inspiração marxista no contexto brasileiro da década de 1980.

No campo multifacetado do apoio jurídico popular que cresceu visivelmente pós-regime militar, ao lado das experiências do MDA, formou-se um amplo espectro de experiências críticas, espalhadas por todo o Brasil, não mais radicadas na magistratura. Esse campo, denominado como Assessoria Jurídica Popular foi a configuração de uma área de atuação da crítica prática, na qual entidades específicas voltadas à proteção, ao assessoramento, à postulação judicial e à formação de comunidades atuavam para o fortalecimento da cidadania. Dentro deste vasto campo, que não cabe aqui pormenorizar¹⁴, em meio às experiências discentes em universidades, conformando uma Assessoria Jurídica Popular Universitária, formou-se uma pioneira Assessoria Jurídica Militante, esta última diretamente mais vinculada ao ideário marxista. Um exemplo clássico foi a AJUP, no Rio de Janeiro. A experiência da AJUP é um exemplo paradigmático da articulação do discurso crítico marxista com a dimensão operativa e formal do direito.

Dentro de uma tipologia sociológica feita por Junqueira, na qual foram confrontados o *Center of Public Representation* e a AJUP, chegou-se à conclusão de que esse último se apresentava como um serviço legal tipicamente moderno, em contraste com o outro, pós-moderno¹⁵. Dentre algumas variáveis, que foram ressaltadas para a definição da AJUP como “moderna”, foi decisiva a sua filiação de uma leitura marxista típica dos anos de 1970, na qual se trabalhava com a bipolaridade proletariado *versus* burguesia, baseada numa distinção de classe acentuada pelo fator produtivo. A ideia de classe com que este serviço legal crítico trabalhava, à luz de suas publicações, evidenciava que o caráter de discriminação partia da economia e não de diferenças de gênero ou etnia.

O discurso jurídico crítico da AJUP poderia ser entendido como a forma mais clara de assimilação de conceitos-chave do ideário marxista. Continuavam latentes, porém, os paradoxos e as dificuldades de um discurso que atacava a ordem jurídica como uma instância opressora, ao mesmo tempo em que também propugnava uma atuação paralela nas instâncias do campo jurídico oficial. Esse mal-estar ou

14 Todo um conjunto de reflexões mais detidas sobre a Assessoria Jurídica Popular no Brasil, sua origem e suas tipologias foi realizado em outros momentos. Nesse sentido, ver: LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria Jurídica Popular no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; LUZ, Vladimir de Carvalho. *Servicios Legales Universitarios en Brasil: breve cotejo de los paradigmas*. **El Otro Derecho**, v. 35, p. 281-297, 2006; LUZ, Vladimir de Carvalho. *Formação da Assessoria Jurídica Popular no Brasil*. **Revista do SAJU: para uma visão crítica e interdisciplinar do direito**, v. 5, p. 97-114, 2006/2007.

15 Outra importante tipologia dos serviços legais críticos foi feita por Celso Campilongo, na qual ele usa a dicotomia “inovador” *versus* “tradicional”. Verificar: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Assistência Jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo*. In: _____. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 15-52.



as perplexidades que rondaram a assimilação da crítica marxista ortodoxa numa dimensão de atuação prática dialogou com versões “revisionistas” do legado marxiano, com as quais a possibilidade de uma atuação jurídica não invalidaria a coerência com o legado marxiano e a meta da emancipação. Esse modelo de análise pôde vir, a partir de algumas leituras de intelectuais críticos, de Gramsci.

Se, como dito no início, os focos dos movimentos da crítica teórico-prática eram o positivismo jurídico e a retomada da questão da emancipação, o pensamento de Gramsci poderia oferecer algumas chaves analíticas capazes de ampliar não só a questão do isolamento do direito na teoria marxista ortodoxa, mas, sobretudo, indicar um fato decisivo para este campo de ação: a possível função emancipatória dos intelectuais e práticos do direito. Praticamente desconhecidas no Brasil na década de 1960¹⁶, as possibilidades que o pensamento de Gramsci oferecia aos setores de esquerda foram retomadas, nos anos de 1970, em função da chamada “crise do socialismo real”, como os movimentos da crítica prática brasileira já nos anos de 1980. Alguns elementos gerais caracterizariam o pensamento de Gramsci como uma releitura do legado crítico do marxismo ortodoxo.

O primeiro deslocamento da crítica de Gramsci se deu no campo epistêmico-disciplinar. Tendo-se em conta que a marca principal da análise marxiana era a categoria totalidade, Gramsci desloca o eixo do pensamento crítico, partindo da constatação de que a economia política marxiana cumprira sua tarefa, devendo o campo da crítica se desenvolver nos âmbitos da sociologia e da ciência política. Essa centralidade da política na crítica gramsciniana, que ressaltou o caráter prático-institucional das ideologias assimilado pelo estruturalismo de Althusser, teve o mérito de tematizar a função específica dos intelectuais no jogo de forças que as classes travam em busca da hegemonia¹⁷. A revolução não seria apenas uma irrupção de massa, como guerra de trincheira, mas ela poderia se dar na ocupação dos espaços institucionais, como guerra de posição, mediante a ação de agentes da sociedade civil. O fundamental desta dicotomia estratégica é que a ação crítica pode ser efetivada por dentro das instituições, logo, no espaço próprio de atuação do direito e de seus intelectuais.

O fôlego teórico das concepções neogramscinianas no campo jurídico fez reativar, no Brasil, as ideias de intelectual orgânico e tradicional. Nesse caminho, o *expert* do direito poderia agir num campo institucional, sem abdicar do uso operativo do direito como parte de uma ação estrategicamente emancipatória. Daí a visibilidade, no final dos anos de 1990, de uma tipologia das práticas jurídicas orgânicas, como se observa expressamente na proposta analítica de Edmundo Lima de Arruda Júnior¹⁸, no sentido de resgatar a possibilidade emancipatória do jurista no campo da luta social. Essa atuação emancipatória, não apenas pautada numa visão negativa do fenômeno jurídico, pôde ser percebida no âmbito da legalidade sonogada, relida e

16 Verificar COUTINHO, Carlos Nelson. Introdução. In: GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. v. 1, p. 32.

17 COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: a dualidade de poderes e outros ensaios. São Paulo: Cortez, 1994. p. 103, *passim*.

18 Cf. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito moderno e mudança social**: ensaios de sociologia jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. Tema também tratado em MALISKA, Marcos Augusto. Operadores Jurídicos enquanto intelectuais orgânicos. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima; BORGES FILHO, Nilson (Orgs.) **Gramsci**: Estado, Direito e Sociedade – Ensaio sobre a atualidade da Filosofia da Práxis. Coleção Ensaio – v. 1. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995.



negada. No primeiro caso, a legalidade negada abriria espaço para atuação crítica do jurista num primeiro plano, o do direito instituído carente de efetividade, sendo que a atuação crítica teria por mandato a busca da concretização, por exemplo, de princípios constitucionais já positivados, mas sem efetividade. O plano do instituído relido tem por referência a ampliação hermenêutica, caso a caso, em que os juristas, aproveitando-se do esgotamento do paradigma liberal-legal, ampliariam o campo da interpretação para além destes cânones. Por fim, a prática crítica e orgânica se efetivaria no campo da legalidade negada, no sentido de se fazer reconhecer como válidas novas juridicidades insurgentes, paralelas, colocando-se em discussão a teoria estatalista das fontes do direito.

Como toda essa tradição dialogou com o modelo de estado democrático de Direito surgido após a abertura democrática de 1985? Como, ainda em processo de crise paradigmática, se pode perceber as interfaces do novo constitucionalismo com a tradição crítica brasileira? Para enfrentar tais questões, se faz necessária uma abordagem do que se denomina de Novo Constitucionalismo, seus primados e cânones fundamentais.

3 CÂNONES DO NOVO CONSTITUCIONALISMO

Três primados articulados entre si estão na base do novo constitucionalismo ocidental. Primeiro, a noção contemporânea de direitos fundamentais, o que levou a se pensar toda a teoria das cláusulas pétreas; em segundo lugar, a rigidez constitucional que se verifica com o princípio da supremacia da Constituição em um dado ordenamento jurídico; e, em terceiro, a noção de jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, das quais todos os esforços da teoria constitucional contemporânea trataram de explicitar suas exigências e particularidades em face de princípios democráticos e republicanos. Tais primados não são isoláveis, pois estão, em verdade, imbricados numa mesma estrutura lógico-jurídica; apesar de ser difícil isolar cada aspecto, um novo constitucionalismo teve que enfrentar esses primados e dar respostas compatíveis para os conflitos alçados ao campo da discussão desses direitos.

De outro modo, para Canotilho, o constitucionalismo clássico baseou-se na ideia “criacionista” de um poder constituinte originário e que o texto constitucional fundava juridicamente o estatuto político de uma nação. Esse processo de eticização do direito constitucional, que caminhou ao lado da ampliação de eticização do direito internacional, buscava recuperar, via o estabelecimento jurídico de um catálogo de direitos, a então perdida indiferenciação ou distanciamento entre o direito e a política¹⁹. Com toda essa carga axiológica e tensões, os direitos fundamentais podem ser vistos como essa construção histórica que acompanha a trajetória do constitucionalismo, como valores ético-políticos positivados em catálogos de direitos e que tratam das estruturas mínimas da convivência societal, das liberdades públicas, direitos políticos e sociais, estabelecendo parâmetros para a forma democrática e pluralista de convivência, estrutura e limites do Estado, e que gozam de proteção em face

19 CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 190.



das maiorias legislativas infraconstitucionais. Tendo em foco a Constituição brasileira, Sarlet entende tais direitos a partir da sua fundamentalidade material e formal. Nessa concepção marcada por duas dimensões, os direitos fundamentais mostram-se

como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentabilidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam-lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5, 2 CF, a qual prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais)²⁰.

As ideias-chave do constitucionalismo contemporâneo, como já referidas, caminham imbricadamente. Uma noção, por suposto, só tem sentido a partir de outra. Ou seja, são inseparáveis da noção de direitos fundamentais conquistados pelo constitucionalismo as noções de supremacia da Constituição e sua força normativa. Emerge, pois, com vital relevância na história recente do constitucionalismo as ideias de supremacia da Constituição e a de força normativa. Como visto, ainda para apresentar os elementos históricos dessas noções, o germe de todo esse processo já se insinuava no ambiente anglo-americano. Data de 1803, antes mesmo da promulgação do *Code Civil*, a decisão do juiz John Marshall que se constituiu como a pedra de toque do sistema *Judicial Review of Law*. No famoso caso *Marbury v. Madison*, o princípio basilar da supremacia da Constituição pode ser resumido da seguinte forma: “um ato legislativo contrário à Constituição não é Direito”²¹. Nascido a partir da construção jurisprudencial oriunda da tradição do direito norte-americano, o princípio estruturante da supremacia da Constituição implicou se juridicizar a esfera da proteção da Constituição. Esse debate, colocado nas balizas do direito europeu continental, implicou um debate profícuo acerca de como se estabelecer os mecanismos formais de uma jurisdição constitucional apta ao controle abstrato da constitucionalidade dos atos e das leis infraconstitucionais. Ficou marcado como momento importante deste processo o célebre debate *Kelsen v. Schmitt* sobre quem deveria ser o “guardião” da Constituição.

Assim foi que, em 1918, Karl Renner, então Chanceler do governo provisório austro-alemão, conferiu a Kelsen a incumbência de ajudar na elaboração da Carta Política daquele país. Assim, apesar de a parte elaborada por Kelsen, que tratava dos direitos fundamentais e de liberdade, não ter sido considerada, uma comissão de especialistas acatou, em 1920, na íntegra, a proposta que tratava do controle da

20 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1998. In: _____. **O direito público em tempo de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 140.

21 Soares pondera que, apesar de o caso *Marbury v. Madison* ser paradigmático, o uso do termo “*judicial review*” é bem posterior, sendo uma criação dos doutrinadores norte-americanos do século XX. Cf. SOARES, Guilherme. **Os direitos, os juízes, o povo**. *Op. cit.*, p. 35, nota n. 6.



constitucionalidade, capítulo este que mais interessava ao jurista de Viena²². Como marco deste constitucionalismo, é importante registrar que Kelsen tinha em mente que uma Constituição, por ser basicamente um documento jurídico limitador do poder, deveria igualmente ser dotada de mecanismos técnicos para afirmar a sua juridicidade. Isso implicava, pois, ter-se um campo específico no qual a jurisdição se voltasse especialmente para a realização jurídica da Constituição no controle dos atos a ela contrários. Tal concepção levou ao inevitável debate do constitucionalismo contemporâneo: afinal, quem deveria estar incumbido de tão alto *mister*, tendo em vista o tênue liame político que o debate constitucional suscita?

Dessa indagação resulta um dos debates clássicos do constitucionalismo. É importante notar que, nas palavras de Sérvulo da Cunha, enquanto o *judicial review* norte-americano nasce e se desenvolve num ambiente libertário e democrático, a ideia de supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade havidos no ambiente em que se situavam Kelsen e Schmitt emergem num contexto constitucional de cariz autoritário²³. Kelsen parte da premissa de que não é o legislativo quem deve tutelar a Constituição, apesar de esse Poder se considerar livre para criar o direito e não ser um simples ente aplicador do direito vinculado aos limites do texto constitucional. Essa tarefa, a de anulação de atos inconstitucionais capazes de afirmar os limites impostos pela própria Constituição, deveria ser exercida por um órgão judicial, um tribunal constitucional²⁴. Em contraposição a essa visão, em 1929, Schmitt lança seu libelo, “O guardião da Constituição”, apresentando posição que refutava o controle da Carta Política via judiciário, mediante uma jurisdição especial. Contando com os pontos de partida de sua posição antiliberal, e tendo em vista que o artigo 42 da Constituição de Weimar determinava, por juramento, que o Presidente do Reich “defenderá a Constituição”, Schmitt lança o argumento de que o presidente é eleito pela totalidade do povo, e a legitimidade de impor seu poder político em face dos órgãos legislativos encontra respaldo na possibilidade de dissolução do parlamento e convocação de plebiscito. Tudo isso conferiria ao presidente a legitimidade de se colocar como um “contrapeso” capaz de equilibrar as tensões decorrentes do pluralismo de setores econômicos e sociais para, assim, “defender a unidade do povo como uma totalidade política”²⁵. Em resposta, em 1931, Kelsen oferece sua réplica, num opúsculo intitulado “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. Kelsen assevera que Schmitt retirou anacronicamente os fundamentos da tese do Chefe de Estado como guardião da Constituição baseando-se em Benjamin Constant, defensor da monarquia constitucional, o que seria incompatível em um cenário de constitucionalismo republicano²⁶. Para Kelsen, além de todas as impropriedades e objetivos não científicos ocultos em seu libelo, Schmitt desconsiderava uma análise

22 BASTOS, Aurélio Wander. **Hans Kelsen**. resumo biográfico 1881-1973. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Pesquisas Jurídicas, 2003, p. 35 e 37.

23 CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Introdução. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. xiv.

24 KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 150.

25 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 233-234.

26 SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. *Op. cit.*, p. 243.



da experiência concreta da jurisdição constitucional austríaca que, àquela altura, já contava com mais de um decênio de funcionamento organizado²⁷.

Desses inúmeros conflitos e debates acerca da natureza do órgão que determinaria a invalidade de atos infraconstitucionais, com os quais o debate Kelsen v. Schmitt é um exemplo clássico, sobrelevaram-se inúmeros outros problemas relativos ao debate político democrático que determinadas decisões constitucionais não poderiam se desviar, o que, atualmente, se encontra pautado pelo debate acirrado do “ativismo judicial” ou “judicialização da política”. O processo de afirmação da juridicidade constitucional engendrou, necessariamente, passo a passo, os cânones de uma nova teoria da Constituição, ou, no sentido hermenêutico, um conjunto legítimo de valores, regras e saberes que afirmaram uma nova tradição jurídico-constitucional.

Em seguimento, não bastaria, para concretizar a supremacia da Constituição em face de atos de governo ou do legislativo, sua mera enunciação; para sua efetivação, pelo menos em um sistema democrático de garantias, era necessária uma engenharia jurídico-processual inserta numa esfera jurisdicional extraordinária, na qual haveria o pronunciamento juridicamente legítimo para invalidar atos inconstitucionais. Em uma palavra: meios difusos e concentrados de controle de constitucionalidade. Esse debate foi e é crucial ao pensamento jurídico ocidental, na medida em que, no extremo, estar-se-ia trocando a ditadura liberal-clássica do legislativo, ao menos, em tese, fundada na vontade popular expressa pelo princípio majoritário, pela ditadura dos juízes, agentes não eleitos do Estado. O primado da soberania da Constituição e seu respectivo controle judicial fez com que, marcadamente desde o século XX, a importância do legislativo tenha sido amenizada em contraposição à imensa relevância com que o judiciário passou a protagonizar em países que adotam um constitucionalismo desses moldes. Se é verdade, assim, que o anterior império dos códigos fazia parte do ideário jurídico-político do Ocidente, hoje, com o primado da Constituição, a juridificação das esferas da vida pública e privada, os juízes passaram a assumir um posto de extrema visibilidade. Repita-se que, em arremate, sem olvidar toda a riqueza do pensamento estadunidense em relação à matéria, o debate Kelsen v. Schmitt ilustra bem essa fase de afirmação.

Mas esses cânones fundantes, que o constitucionalismo europeu tomou, foram mimeticamente adotados na América Latina. Considerando essas variáveis, o processo de emergência das Constituições e do constitucionalismo foi decorrente da crise funcional do modelo clássico de Estado liberal. Isso se deu, *grosso modo*, à luz do descompasso revelado pela equação instável entre demandas sociais crescentes por afirmação e gozo de direitos e a ineficácia da regulação jurídica ordinária, o que se agudizou nos países europeus com o advento da revolução industrial. Há, tendo por pano e fundo o que significou socialmente a hegemonia do modo de produção capitalista, desdobramentos específicos, ou constitucionalismos localizados, vinculados às realidades e às tradições de países com grau de desenvolvimento econômico nem sempre similar. Dessa forma, por exemplo, na leitura crítica de Wolkmer, houve um constitucionalismo espontâneo na Inglaterra em razão do quadro institucional em que o desenvolvimento econômico adequou-se ao capitalismo industrial, cenário em que a burguesia já se encontrava numa fase “distributivista”.

27 KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 261.



Por isso, é preciso ter em conta como tais demandas geraram diferentes processos de constitucionalismo. De forma geral, Wolkmer também percebe o processo histórico do constitucionalismo ocidental em etapas estratégicas, nas quais restou evidente, em cada contexto, o grau de consensualidade havido entre as estruturas autônomas do Estado *versus* estruturas subordinadas da sociedade civil. O constitucionalismo, assim, não é apenas um campo teórico monolítico, na medida em que abriga forças em que se expressariam as tensões, os “rearranjos” e os “compromissos” que emergem do conflito entre os dois elementos citados²⁸. Assim, a Constituição poderia ser vista, como na visão de Lassale, como os fatores reais de poder que regulam uma nação, incorporados pela escrita e positivados em instituições jurídicas²⁹.

Depois da revolução industrial, o modelo liberal-legal entra em crise. Essa crise passou pelas dificuldades enfrentadas pelo modelo capitalista em 1929, também por conta das demandas por reconstrução social e política verificadas após as duas grandes guerras, a afirmação de novos grupos sociais demandantes de bens e serviços do Estado, demandas essas cuja regulamentação por vezes seguia ainda amparada pela lógica totalitária e individualista dos grandes códigos novecentistas. A realidade social nesse contexto, pluralista e complexa, articulada numa lógica de economia de mercado passava a impor uma nova regulamentação jurídica prestacional do Estado, pois não se amoldava à lógica da cultura jurídica monológica, autorregulativa, baseada na autonomia da vontade que informava a estrutura dos grandes códigos de direito privado e servia de base para cultura jurídica que lhe dava sustentação.

4 (IN) CONCLUSÃO: PENSAMENTO CRÍTICO E NOVO CONSTITUCIONALISMO – IMPASSES E DIÁLOGOS PERDIDOS

O programa geral da crítica jurídica brasileira dos últimos 30 anos apresenta nítidas conexões com o ideário geral do que se denomina Novo Constitucionalismo. Por um lado, os movimentos críticos da magistratura (MDA) e as Assessorias Jurídicas Populares já propugnavam antes mesmo do marco constitucional de 1988, a crítica ao *modus operandi* global do positivismo jurídico no bojo de uma sociedade democrática, pautada pela vigência de Direitos Fundamentais. Portanto, a efetivação de Direitos Fundamentais, a função social dos operadores do direito, a crítica do sistema capitalista são elementos que, nomeados de outra forma na atualidade, estão na interface histórica entre o advento do Novo Direito Constitucional no Brasil e o legado dos movimentos críticos no direito.

Por outro lado, a crise do pensamento crítico, geral e no direito, ainda apresenta interdições em relação ao diálogo necessário entre a matriz crítica e constitucionalismo. O paradigma de uma hermenêutica filosófica, base de vários autores do pensamento neoconstitucional, ainda está por ser consolidada no Brasil. Nesse sentido, a proposta de uma Nova Crítica do Direito (Streck) vem tentado estreitar as relações entre crítica e hermenêutica constitucional, vindo nessa relação não oposições,

28 WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989. p. 21-22.

29 LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 32.



mas complementaridades. Bem de ver que a matriz teórica de muitas correntes críticas, tais como o marxismo e suas variantes, ainda apresenta diálogos a serem aproximados com o novo ideário constitucional que ainda se efetiva no Brasil via jurisdição constitucional e o trabalho incessante da corrente hermenêutica (Streck)³⁰.

De todo modo, vê-se como necessários o estreitamento e o maior diálogo entre o legado do pensamento crítico com o desenvolvimento de um pensamento e de uma práxis constitucional no Brasil, tendo em vista as resistências atuais ao processo de filtragem constitucional que se apresentam nos campos do ensino, da prática do direito e da dogmática jurídica ordinária.

REFERÊNCIAS

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito moderno e mudança social**: ensaios de sociologia jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996

BASTOS, Aurélio Wander. **Hans Kelsen**: resumo biográfico 1881-1973. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Pesquisas Jurídicas, 2003.

BAUDRILLARD, Jean. A Verdade oblíqua. **Revista Época**. Rio de Janeiro, n. 264, jun. 2003. Entrevista concedida a Luís Antônio Giron. Também disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,E_PT550009-1666,00.html>. Acesso em: 30 jul. 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência Jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. *In*: _____ (Org.). **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 15-52.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

COUTINHO, **Marxismo e política**: a dualidade de poderes e outros ensaios. São Paulo: Cortez, 1994.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Introdução. *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Servicios Legales Universitarios en Brasil: breve cotejo de los paradigmas. **El Otro Derecho**, v. 35, p. 281-297, 2006

_____. Formação da Assessoria Jurídica Popular no Brasil. **Revista do SAJU: para**

30 C.F. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.



uma visão crítica e interdisciplinar do direito, v. 5, p. 97-114, 2006/2007.

MALISKA, Marcos Augusto. Operadores jurídicos enquanto intelectuais orgânicos. *In*: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima; BORGES FILHO, Nilson (Orgs.). **Gramsci**: Estado, Direito e Sociedade – Ensaio sobre a atualidade da Filosofia da Práxis. Coleção Ensaio – v. 1. Florianópolis: Letras Contemporâneas

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência – Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1998. *In*: _____. **O direito público em tempo de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOARES, Guilherme. **Os direitos, os juízes, o povo**: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988. 2006; ____ f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.





Editores da Universidade de Santa Cruz do Sul
www.unisc.br/edunisc