

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

A Natureza e o Conceito do Direito



Atena
Editora
Ano 2019

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

(Organizador)

A Natureza e o Conceito do Direito

**Atena Editora
2019**

2019 by Atena Editora
Copyright © Atena Editora
Copyright do Texto © 2019 Os Autores
Copyright da Edição © 2019 Atena Editora
Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Diagramação: Geraldo Alves
Edição de Arte: Lorena Prestes
Revisão: Os Autores



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição Creative Commons. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Faria – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie di Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Darllan Collins da Cunha e Silva – Universidade Estadual Paulista
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

| Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG) | |
|---|--|
| N285 | A natureza e o conceito do direito 1 [recurso eletrônico] / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa, PR: Atena Editora, 2019. – (A Natureza e o Conceito do Direito; v. 1) Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader. Modo de acesso: World Wide Web. Inclui bibliografia ISBN 978-85-7247-676-8 DOI 10.22533/at.ed.768190810 1. Direito – Filosofia. 2. Direitos humanos. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de. CDD 340 |
| Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422 | |

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

A natureza e o conceito do Direito – Vol. I, coletânea de vinte e oito capítulos de pesquisadores de diversas instituições, corresponde a obra que discute temáticas que circundam o universo jurídico.

Os textos aqui relacionados versam sobre inúmeras vertentes da ciência do direito. Inicialmente, contribuições sobre direitos humanos no cenário internacional, no plano interamericano, mas também no território nacional. Os princípios ligados aos direitos humanos, o respeito, a efetividade e a aplicabilidade são o foco de muitos dos capítulos, além de estudos que pautam as singularidades vivenciadas por grupos minoritários da sociedade como refugiados, mulheres, crianças e adolescentes.

Avançando, a educação é compreendida também como eixo motivador ao ponto que temos contribuições que pairam sobre a legislação específica para o ensino. Além da legislação em si, temos reflexões sobre o ensino jurídico na contemporaneidade nacional e os seus reflexos na formação do jurista. Finalizando esse volume, temos uma interação bem relevante para o desenvolvimento econômico e social, a relação entre direito e tecnologia.

Tenham ótimos diálogos!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| CAPÍTULO 1 | 1 |
| A TUTELA DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS | |
| <i>Noedi Rodrigues da Silva</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.7681908101 | |
| CAPÍTULO 2 | 13 |
| O CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA: A GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS | |
| <i>Bruno Augusto Pasian Catolino</i> <i>Julia Rocha Chaves de Queiroz e Silva</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.7681908102 | |
| CAPÍTULO 3 | 25 |
| A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS SITUAÇÕES DEGRADANTES DOS PRESOS: AFRONTA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | |
| <i>Alana Tiosso</i> <i>Izabella Affonso Costa</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.7681908103 | |
| CAPÍTULO 4 | 37 |
| DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA AO ATIVISMO JUDICIAL: PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, TORNANDO-OS REALIDADE | |
| <i>Ruy Walter D`Almeida Junior</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.7681908104 | |
| CAPÍTULO 5 | 49 |
| O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A FUNÇÃO JURISDICIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DESAFIO DO JUIZ FRENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS | |
| <i>Mozart Gomes Moraes</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.7681908105 | |
| CAPÍTULO 6 | 72 |
| CLAMOR POPULAR POR PENA DE MORTE E PENAS DESUMANAS COMO UM OBSTÁCULO À PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | |
| <i>Edilson de Souza da Silva Junior</i> <i>Luciano de Oliveira Souza Tourinho</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.7681908106 | |
| CAPÍTULO 7 | 79 |
| A UNIVERSALIZAÇÃO DA INTERNET E OS DIREITOS HUMANOS | |
| <i>Mateus Catalani Pirani</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.7681908107 | |

| | |
|---|------------|
| CAPÍTULO 8 | 94 |
| SAÚDE E IMIGRAÇÃO: DA GARANTIA DE DIREITOS À COMPREENSÃO DO PROCESSO SAÚDE-DOENÇA | |
| <i>Ana Izabel Nascimento Souza</i> <i>Ana Bárbara de Jesus Chaves</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.7681908108 | |
| CAPÍTULO 9 | 98 |
| OBSTÁCULOS AO DESENVOLVIMENTO DO REFÚGIO | |
| <i>Thiago Raoni Marques Tieppo</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.7681908109 | |
| CAPÍTULO 10 | 112 |
| O DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA PARA OS REFUGIADOS E OS OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PARA SUA EFETIVAÇÃO | |
| <i>Brunela Vieira de Vincenzi</i> <i>Manuela Coutinho Costa</i> <i>Priscila Ferreira Menezes</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081010 | |
| CAPÍTULO 11 | 124 |
| REFÚGIO E DIREITOS HUMANOS: A INEFICIÊNCIA DA CONVENÇÃO DE DUBLIN III FRENTE À CRISE MIGRATÓRIA DA SÍRIA | |
| <i>Matheus de Lucas Theis Poerner</i> <i>Érika Louise Bastos Calazans</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081011 | |
| CAPÍTULO 12 | 136 |
| RECONHECIMENTO E FEMINISMOS: A LUTA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS DAS MULHERES | |
| <i>Talitha Saez Cardoso</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081012 | |
| CAPÍTULO 13 | 148 |
| DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: AS ROUPAS FEMININAS COMO VETOR DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER | |
| <i>Valcelene Amorim Pereira</i> <i>Tânia Rocha Andrade Cunha</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081013 | |
| CAPÍTULO 14 | 156 |
| O ATIVISMO JUDICIAL E A QUESTÃO DA INFERTILIDADE FEMININA | |
| <i>Francisco José da Silva Júnior</i> <i>Diego Sidrim Gomes de Melo</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081014 | |

| | |
|---|------------|
| CAPÍTULO 15 | 167 |
| LIBERDADE OU EXPLORAÇÃO SEXUAL?: A PROSTITUIÇÃO ENQUANTO FENÔMENO JURÍDICO-SOCIAL A PARTIR DO LIBERALISMO E DO MARXISMO | |
| <i>Saada Zouhair Daou</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081015 | |
| CAPÍTULO 16 | 183 |
| VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO AMBIENTE INTRAFAMILIAR E OS DANOS EMOCIONAIS E PSÍQUICOS: QUANDO A ESCUTA PEDE SOCORRO DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE | |
| <i>Maria Rita Rodrigues Constâncio Menezes</i> | |
| <i>Pedro Henrique Simões</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081016 | |
| CAPÍTULO 17 | 198 |
| A OCORRÊNCIA DO CRIME DE ABANDONO INTELECTUAL E AS REFORMAS NECESSÁRIAS PARA RESPONSABILIZAÇÃO EFETIVA DA FAMÍLIA | |
| <i>Eduardo Marques da Fonseca</i> | |
| <i>Lillian Lettiere Bezerra Lemos Marques</i> | |
| <i>Luciana Carrilho de Moraes.</i> | |
| <i>Gerson Tavares Pessoa</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081017 | |
| CAPÍTULO 18 | 212 |
| O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA E ADOLESCENTE E SEU DIREITO DE MANIFESTAÇÃO | |
| <i>Maria Dinair Acosta Gonçalves</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081018 | |
| CAPÍTULO 19 | 220 |
| A EFETIVIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE AO FORNECIMENTO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS PARA MENORES | |
| <i>Pablo Martins Bernardi Coelho</i> | |
| <i>Tamires Eduarda Santos</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081019 | |
| CAPÍTULO 20 | 230 |
| APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO AOS ADOLESCENTES E JOVENS AUTORES DE ATO INFRACIONAL NO MUNICÍPIO DE SERRA-ES | |
| <i>Maria José Coelho dos Santos</i> | |
| <i>Eliaidina Wagna Oliveira da Silva</i> | |
| <i>Dora Susane Fachetti Miotto</i> | |
| <i>Marcelo da Fonseca Ferreira da Silva</i> | |
| <i>Marcelo Plotegher Campinhos</i> | |
| <i>César Albenes de Mendonça Cruz</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081020 | |

| | |
|---|------------|
| CAPÍTULO 21 | 240 |
| A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO JOVEM INFRATOR | |
| <i>Valdir Florisbal Jung</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081021 | |
| CAPÍTULO 22 | 250 |
| DIREITO EDUCACIONAL - INTRODUÇÃO À ABORDAGEM EPISTEMOLÓGICA | |
| <i>Adelcio Machado dos Santos</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081022 | |
| CAPÍTULO 23 | 261 |
| AMBIENTE VIRTUAL DE APRENDIZAGEM (AVA) NO INSTITUTO FEDERAL DE RONDÔNIA – IFRO EM CONSONÂNCIA COM A POLÍTICA E A LEGISLAÇÃO EDUCACIONAL | |
| <i>Márcia Sousa de Oliveira</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081023 | |
| CAPÍTULO 24 | 273 |
| UMA REFLEXÃO SOBRE A FORMAÇÃO DE UM OPERADOR DO DIREITO | |
| <i>Vitória Regina Maia Castelo Branco</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081024 | |
| CAPÍTULO 25 | 283 |
| QUALIDADE DE ENSINO NAS FACULDADES DE DIREITO DO BRASIL E O FUTURO ADVOGADO | |
| <i>Hélio da Fonseca Cardoso</i> | |
| <i>João Luís Lopes Cardoso</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081025 | |
| CAPÍTULO 26 | 288 |
| 10ENVOLVER E JUVENTUDE: EMPODERAMENTO DO GRUPO UNIJOVENS, OUSADIA & ALEGRIA DE SANTA LUZIA, CRISÓLITA/MG | |
| <i>Valéria Cristina da Costa</i> | |
| <i>Luís Ricardo de Souza Corrêa</i> | |
| <i>Larissa Maria de Souza</i> | |
| <i>André Luiz Nascimento Dias</i> | |
| <i>Leonel de Oliveira Pinheiro</i> | |
| <i>Deliene Fracete Gutierrez</i> | |
| <i>Jamerson Pereira Duarte</i> | |
| <i>Daniela Luiz da Silva</i> | |
| <i>Thamyres Rafaelly Antunes</i> | |
| <i>Juliana Lemes da Cruz</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081026 | |
| CAPÍTULO 27 | 300 |
| DESVELANDO A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DO RISCO PARA ADEQUADA GESTÃO DO NANOWASTE | |
| <i>Daniele Weber S. Leal</i> | |
| <i>Raquel Von Hohendorff</i> | |
| DOI 10.22533/at.ed.76819081027 | |

CAPÍTULO 28 313

A IMPROBABILIDADE DA COMUNICAÇÃO ENTRE O DIREITO E A CIÊNCIA
SOBRE RISCO REPRESENTA UM OBSTÁCULO PARA O DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL DAS NANOTECNOLOGIAS?

Raquel von Hohendorff

Daniele Weber da Silva Leal

DOI 10.22533/at.ed.76819081028

SOBRE O ORGANIZADOR..... 325

ÍNDICE REMISSIVO 326

A TUTELA DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Noedi Rodrigues da Silva

Mestre em Direitos Humanos – UniRitter

Porto Alegre – RS

RESUMO: O presente artigo busca examinar as possibilidades de tutela dos direitos sociais, econômicos e culturais, perante o Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos. Partindo dos mecanismos existentes no sistema, basicamente o de petições individuais ou coletivas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e o de consultas dos Estados à Corte IDH, busca-se contribuir para a superação da ideia de que os direitos econômicos, sociais e culturais não gozam do mesmo nível de proteção que os direitos civis e políticos. Essa ideia vem, normalmente, suportada por uma espécie de consenso no sentido de que, diferentemente do que ocorre com os direitos civis e políticos, a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende de recursos financeiros, o que por sua vez depende de um certo desenvolvimento econômico da nação, circunstância que acrescenta ao processo de concretização de tais direitos, ao lado da conhecida progressividade, também a ideia de limitação aos recursos disponíveis em cada Estado. Para esse quadro, contribui um outro debate, acerca da justiciabilidade ou não

dos direitos econômicos, sociais e culturais, um questionamento sobre se tais direitos podem, ou não, e em que condições, serem considerados direitos subjetivos. Sobre esse quadro, embora sem aprofundar os aspectos materiais ou relativos à normatividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas com foco nos mecanismos de acesso à jurisdição internacional, se desenvolverá o presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: direitos sociais, proteção internacional, sistema interamericano, meios de acesso.

THE PROTECTION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: This article seeks to examine the possibilities of protecting of social, economic and cultural rights before the Inter - American System for the Protection of Human Rights. Based on the existing mechanisms in the system, basically those of individual or collective petitions to the Inter-American Commission on Human Rights, and that of State consultations to the Inter-American Court, it is sought to overcome the idea that economic, social and cultural rights do not enjoy the same level of protection as civil and political rights. This idea is usually supported by a kind of consensus that, unlike

civil and political rights, the realization of economic, social and cultural rights depends on financial resources, which in turn depend on a certain economic development of the nation, a circumstance that adds to the process of realization of these rights, alongside the known progressivity, also the idea of limitation to the resources available in each State. For this picture, another debate, about the justiciability or not of the economic, social and cultural rights, questions whether these rights may or may not be considered subjective rights, and under what conditions. Regarding this framework, although without a thorough examination of the material or normative aspects of economic, social and cultural rights, but focusing on the mechanisms of access to international jurisdiction, this work will be developed.

KEYWORDS: social rights, international protection, inter-American system, ways to access.

1 | INTRODUÇÃO

São comuns as referências ao fato de que os direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) não gozam do mesmo nível de proteção que os direitos civis e políticos, e isso vale tanto para o âmbito internacional quanto para o âmbito interno dos Estados.

Se por um lado *Konrad Hesse* afirma que “em princípio não podem tais direitos fundamentais sociais cobrar o caráter de direitos subjetivos individuais” (LEIVAS, 2006, p. 91), por outro, *Cristina Queiroz* adverte que os direitos sociais “não são ‘normas no papel’. São ‘posições jurídicas jusfundamentais’ e, em princípio, garantidos por normas jurídicas e vinculantes. E compreendem tanto os direitos negativos como os direitos positivos. Não são, pois, normas ‘enfraquecidas’, submetidas a uma ‘reserva de lei’ [...]” (QUEIROZ, 2009, p. 378).

Há uma espécie de consenso quanto ao fato de que, diferentemente do que ocorre com os direitos civis e políticos, a concretização dos DESC depende de recursos financeiros, que por sua vez dependem de um certo desenvolvimento econômico da nação, circunstância que acrescenta ao processo de concretização de tais direitos, ao lado da conhecida progressividade, também a ideia de limitação aos recursos financeiros disponíveis em cada Estado.

Paralelamente, desenvolveu-se outro debate, acerca da justiciabilidade ou não dos direitos econômicos, sociais e culturais, se tais direitos podem, ou não, e em que condições, serem considerados direitos subjetivos com aptidão para serem exigidos perante o Poder Judiciário (ver, por exemplo, MAZZUOLI, 2014, p. 84-5).

Sobre esse quadro, especialmente em torno do artigo 26 da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) e do Protocolo de San Salvador – que consagram, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a viabilidade de petições individuais perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – é que se buscará apontar os possíveis meios de levar a Corte IDH, ou pelo menos a

Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a se pronunciar sobre violações a direitos econômicos, sociais ou culturais, ou seja, as possibilidades de tutela dos DESC no sistema regional, interamericano, de proteção dos direitos humanos.

Para melhor compreensão do tema, impõe-se uma breve retrospectiva, desde o momento que normalmente se atribui à própria consagração dos DESC, que é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, embora se deva ressaltar que a OIT já atuava na promoção e concretização de direitos dessa natureza desde 1919.

2 | OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), geralmente admitida como norma de *jus cogens*, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais gozam do mesmo *status*, ou seja, são direitos humanos. Contudo, a DUDH não dispõe de mecanismos para que aqueles direitos, quando violados, possam ser objeto de uma demanda em algum tribunal, com aptidão para compelir o estado violador a emendar a sua conduta. Daí a necessidade que levou à adoção, em 1966, de dois Pactos Internacionais, exatamente para suprir essa necessidade. Enquanto a DUDH declara os direitos, os Pactos Internacionais, que dependem de adesão, vinculam os estados que a eles aderem e instituem mecanismos de monitoramento. Mas porque não foi adotado um único pacto, atribuindo juridicidade ao conteúdo integral da DUDH?

Valerio de Oliveira Mazzuoli relata, com apoio em Lindgren Alves, que os principais argumentos que levaram à adoção de dois instrumentos distintos foram:

[...] os direitos civis e políticos seriam jurisdicionados (positivados nas jurisdições nacionais e exigíveis em juízo), de realização imediata, dependentes apenas de abstenção ou “prestação negativa” do Estado e passíveis de monitoramento; enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais seriam não jurisdicionáveis (não podendo ser objeto de ação judicial imediata), de realização progressiva (conforme os meios postos à disposição do Estado), dependentes de prestação positiva pelo Estado (devendo ser implementados por políticas públicas estatais) e de difícil monitoramento, sobretudo em sua dimensão individual (MAZZUOLI, 2014, p. 84).

Mas a verdadeira razão, para os autores mencionados, teria sido “a dificuldade para se chegar a acordo sobre os mecanismos de monitoramento de sua implementação”, na medida em que os Estados se expunham a uma espécie de controle externo sobre suas ações no plano interno, e isso encontrava forte resistência.

Na obra *Protocolo facultativo ao PIDESC: uma ferramenta para exigir os DESC*, Soledad Villagra traz um bom relato do processo de cisão entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os DESC, de outro. Escreve ela:

[...] A Assembléia Geral da ONU, com a idéia de elaborar um só Pacto Internacional que abarcaria os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais, e culturais, dizia, no seu quinto período de sessões, em 1950, em uma resolução que: “o gozo das liberdades civis e políticas, assim como o dos direitos econômicos, sociais e culturais são interdependentes” porque “o ser humano privado dos direitos econômicos, sociais e culturais não representa a pessoa humana que a Declaração Universal considera como ideal de ser humano livre” (Doc. A.2929, ponto 21, Cap. I) (VILLAGRA, 2009, p. 9).

Mas, como se sabe, não foi isso que ocorreu. Depois de uma longa e intensa discussão entre os países sobre os diferentes mecanismos de implementação dos direitos, a solução encontrada foi elaborar dois pactos, aprovados simultaneamente em 1966, em Nova Iorque: um para os direitos civis e políticos e outro para os direitos econômicos, sociais e culturais. Em seguida foi aprovado o Protocolo Facultativo, que permitia a comunicação individual perante o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, mas o mesmo não ocorreu com relação aos DESC, cujo Comitê só foi criado em 1985, com primeira reunião em 1987. O Protocolo Facultativo ao PIDESC (PF-PIDESC) foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU no dia 10 de dezembro de 2008, dia em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos completou sessenta anos, e embora tenha entrado em vigor no sistema internacional em 05 de maio de 2013 (quando o Uruguai o ratificou, alcançando-se, assim, o número mínimo de ratificações previsto, que era onze), o Brasil, que participou ativamente na elaboração do Protocolo, até o momento não o ratificou.

Soledad Villagra destaca, com propriedade, que “no processo de elaboração dos Pactos, nunca foi dito ou insinuado que os DESC não poderiam ser objeto de justiciabilidade internacional”, citando que nos preâmbulos de ambos os Pactos, foi transmitida a mesma ideia de que *“não se pode realizar o ideal de ser humano livre, liberado do temor e da miséria, a não ser que se criem condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais como de seus direitos civis e políticos”* (ONU. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Preâmbulo) (VILLAGRA, 2009, p. 9)

No sistema interamericano o processo foi similar: havia uma Declaração, inclusive anterior, em alguns meses, à DUDH; e igualmente a necessidade de se adotar uma Convenção, o que foi feito em 1969. Nesta, a diferença de tratamento entre DCP e DESC é evidente e muito grande. Com efeito, a tutela dos direitos civis e políticos é direta, podendo ser objeto de proteção pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e, passando por esta ou apresentada diretamente por Estados, também podem ser objeto de proteção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Já quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, não está prevista uma forma direta de proteção, em casos de violação a tais direitos. A esse propósito, o relato de Carlos Vicente de Roux Rengifo:

En la Conferencia Especializada que preparó el texto de la Convención se

presentaron tres posiciones en relación con los DESC. Una primera consistió en sostener que la Convención no debía incorporar referencia alguna a los derechos económicos, sociales y culturales. Otra tendencia, situada en el extremo opuesto, defendía la inclusión de un prolijo catálogo de derechos de esa naturaleza. Mediando entre las anteriores, la postura que se impuso era partidaria de que se hicieran referencias generales a los DESC y se previera que los Estados adquirían el compromiso de hacerlos efectivos de manera progresiva (RENGIFO, 2015, p. 279).

Em face dessas referências muito genéricas aos DESC, na Convenção Americana, coube à doutrina e aos próprios mecanismos de tutela do sistema interamericano (CIDH e Corte IDH), o desenvolvimento de uma espécie de sistema indireto de tutela dos DESC, propondo alguns caminhos, a seguir brevemente mencionados.

3 | A PROTEÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

São duas as formas de invocar a proteção de direitos humanos no Sistema Interamericano: *as petições* (individuais ou coletivas) destinadas ao mecanismo contencioso da Convenção Americana dos Direitos Humanos (que é a Corte IDH, embora passando necessariamente pela CIDH); e *as consultas*, que os Estados-Partes podem fazer à Corte IDH. O sistema de petições individuais, de grupo de pessoas ou de entidades não governamentais é o mesmo para violações a quaisquer dos direitos assegurados na Convenção (CADH), e segue o procedimento estabelecido nos artigos 44 e seguintes do referido instrumento. Importa saber, para os fins dessas notas, o embasamento material de petições destinadas a tutelar DESC, até porque, segundo o artigo 47, *b*, da CADH, a Comissão declarará inadmissível toda a petição ou comunicação apresentada quando ela “não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção”. Portanto, é preciso encontrar fundamentação para tutelar os DESC, que na grande maioria dos casos será indireta, visto que há poucas referências a tais direitos na CADH.

Com esse objetivo, pode-se afirmar que as petições com base em direitos assegurados na CADH podem veicular diversos grupos de direitos humanos. Para melhor compreensão, pode-se separá-los em quatro grupos: o dos direitos civis/políticos também passíveis de serem classificados como DESC; os DESC, mesmo, do artigo 26 da CADH; os DESC conexos com direitos civis e políticos; e as violações aos artigos 2 e 8.1, da CADH, relativas à garantia de acesso à justiça e ao dever de adotar disposições de direito interno, respectivamente.

Sobre as petições com base em direitos civis/políticos também passíveis de serem classificados como DESC, cabe recordar que, não obstante a iniciativa, pelo menos

no sistema da ONU, de deixar bem separados os mecanismos de monitoramento dos direitos civis e políticos, por um lado, e dos DESC, por outro, a verdade é que há direitos humanos que não se enquadram perfeitamente em uma ou outra definição, e outros que se encontram contemplados, por exemplo, tanto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos quanto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como é o caso do direito à associação.

Limitando-se, porém, o enfoque, ao Sistema Interamericano, são suficientes os exemplos oferecidos por Carlos Vicente de Roux Rengifo, de direitos assegurados na CADH – e, portanto, judiciáveis autonomamente no sistema – e que, embora catalogados na Convenção como direitos civis e políticos, na opinião do autor, “mas bien parecerían ser económicos o sociales”. Um deles é o direito à propriedade, assegurado no artigo 21, e que a Corte IDH o “declaró violado en el Caso Mayagna, en que la Corte consideró que la propiedad colectiva de una comunidad indígena nicaraguense merecía ser protegida en los términos del citado artículo 21”; e também em caso mais recente, envolvendo cinco pensionistas peruanos, ao qual se voltará adiante. Outros exemplos são o direito à família, o direito das crianças a uma especial proteção e o direito à livre associação, todos garantidos na CADH como direitos civis e políticos.

O artigo 26 da CADH também viabiliza o peticionamento à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. É o único artigo do Capítulo III da CADH, que dispõe sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. E bem genérico:

Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Sobre esse dispositivo da CADH, a doutrina:

[...] Durante muito tempo, o artigo 26 foi considerado como um mero compromisso de apresentar informes sobre o desenvolvimento de medidas para a tutela dos direitos sociais, econômicos e culturais. Além disso, era visto como um compromisso para a futura incorporação desses direitos por meio de um protocolo adicional. Assim, quando de sua elaboração, não se vislumbrava a potencialidade de uma violação ao artigo 26 da Convenção Americana ser invocada, via petição individual, no Sistema Interamericano (ANDRADE, MACHADO e NUNES, 2015).

Contudo, nos anos 90 do século passado, especialmente depois da Conferência e Plano de Ação de Viena (1993), há um movimento global pela efetividade dos DESC, com uma nova leitura dos textos convencionais, de modo que – e segundo as autoras mencionadas há pouco – “defende-se atualmente que o artigo 26 é judiciável e que abrange os direitos econômicos, sociais e culturais contidos não apenas na Carta

da OEA, como também todos aqueles reconhecidos pelo Estado em sua legislação interna e nos tratados internacionais em que seja parte (como o Protocolo de São Salvador)”. Esse entendimento vem sendo sufragado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como exemplificam os casos CIDH, *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas e outros (aposentados da empresa Venezuelana de Aviação Viasa) versus Venezuela*, de outubro de 2004; e CIDH, *Comunidade San Mateo de Huanchor e seus Membros versus Peru*, também de 2004.

A Corte IDH também já se pronunciou sobre o sentido e alcance do artigo 26 da CADH. Foi no caso dos Cinco Pensionistas versus Peru, de 2003, no qual se discutiam direitos previdenciários de cinco pensionistas do Estado peruano, que tinham tido uma redução significativa em seus benefícios em função de atos administrativos arbitrários por parte do Estado do Peru. Como narram ANDRADE, MACHADO e NUNES:

[...] em relação à violação ao artigo 26, o pedido dos peticionários foi improcedente. O interessante, no caso, é que a Corte não fundamentou a sua decisão em uma suposta impossibilidade de judicializar o artigo 26 da Convenção Americana. Ao contrário, ela observou que o artigo continha um direito coletivo, pressupondo, portanto, a prova de uma repercussão coletiva para a caracterização de uma violação. Esse julgado, por óbvio, abre as portas para a perfeita judiciabilidade do artigo 26, ainda que limitado à demonstração de repercussão coletiva (ANDRADE, MACHADO e NUNES, 2015).

Portanto, se pode configurar uma violação direta ao artigo 26 da CADH. A propósito, Carlos Vicente de Roux Rengifo, no mesmo artigo antes citado, relaciona diversos “imperativos” no cumprimento do artigo 26, ou indicativos de cumprimento – ou, negativamente, de descumprimento – daquele dispositivo, que o autor denomina “mandato que tiene que ser atendido”, ainda que se possa considera-lo, na esteira da doutrina de ALEXY, um princípio, e não uma regra. Mas além de o artigo 26 viabilizar diretamente a geração de um litígio no mecanismo contencioso da Convenção, ele também abre um leque de possíveis violações, envolvendo direitos assegurados internamente nos Estados, e também em outros tratados internacionais em que sejam parte, como é o caso do Protocolo de São Salvador, ao qual se fará referência adiante.

O terceiro grupo – o primeiro é o dos DCP que podem também ser vistos como DESC e o segundo é o dos DESC do artigo 26 da CADH – é o de petições envolvendo DESC conexos com direitos civis e políticos. Essa possibilidade teria se desenvolvido em sistemas jurídicos nacionais, nos quais não estava contemplada a possibilidade de tutela judicial direta dos DESC. Em situações nas quais a violação de um direito econômico, social ou cultura, (saúde, trabalho ou educação, por exemplo) coloca em perigo um direito civil ou político (como o direito à vida ou à integridade pessoal, por exemplo), abre-se uma possibilidade de tutela indireta dos DESC violados.

Teria sido essa a estratégia do MST, nos casos contra o Brasil (CIDH, *Massacre Corumbiara*, caso 11.556, 2004; e CIDH, *Eldorado do Carajás*, caso 11.820), nos

quais não se alegou violação ao direito de habitação, mas sim violações ao direito à vida e à integridade física, provocadas pela violência policial durante despejos forçados. O mesmo ocorreu no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, de 2006, no qual foi denunciado o homicídio dentro de um hospital psiquiátrico brasileiro. Na Corte IDH, a discussão foi em torno do direito à vida, mas no Brasil, a discussão maior foi sobre saúde, forma de tratamento de doentes mentais, e outros aspectos relacionados.

Há outros dois casos muito estudados no Brasil, relatados por ANDRADE, MACHADO e NUNES, e nos quais também foram invocados direitos civis e políticos, mas a questão de fundo era, essencialmente, trabalhista. Trata-se dos casos *José Pereira vs Brasil*, de 1994; e *Baena Ricardo e outros vs Panamá*, de 1998. No primeiro, a questão de fundo era o trabalho escravo no Brasil (Pará, Fazenda Espírito Santo), e a CIDH constatou violação aos direitos à vida, à liberdade e à segurança pessoal; à proteção contra a prisão arbitrária, à proibição da escravidão e da servidão; a um julgamento justo, à proteção judicial, todos direitos civis. Esse caso não foi à Corte IDH, tendo sido encerrado na CIDH, em 2003, por acordo, e foi a partir dele que o Brasil, dentre outras obrigações assumidas, instituiu mecanismos de combate ao trabalho escravo, como o grupo móvel de fiscalização, hoje reconhecido em todo o mundo.

No segundo caso (*Baena Ricardo e outros vs. Panamá*), a denúncia foi de dispensa indiscriminada e massiva de funcionários públicos que haviam participado de marcha e paralisação com o propósito de reivindicar alterações no programa político do governo panamenho. A CIDH submeteu o caso à Corte IDH, pedindo a condenação do Estado do Panamá por violação aos artigos 8 (garantias judiciais), 9 (princípio da legalidade e irretroatividade), 10 (direito a indenização), 15 (direito de reunião), 16 (liberdade de associação) e 25 (proteção judicial) da CADH, ou seja, todos direitos civis e políticos, porque à época o Panamá não havia aderido ao Protocolo de San Salvador. O Panamá acabou sendo condenado, por violação ao artigo 16 da CADH. Esse caso também tem uma interessante questão envolvendo alegação de litispendência entre o caso, movido na Corte IDH, e outro procedimento então levado a efeito no Comitê de Liberdade Sindical da OIT.

Como se percebe, esse meio de tutela indireta dos DESC, na Corte IDH, é dos mais recorrentes, certamente porque é difícil violar um direito econômico, social ou cultural, sem violar qualquer dos direitos assegurados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, prevalentemente civis e políticos.

Por fim, o quarto grupo, o das petições envolvendo violações aos artigos 2 e 8.1, da CADH, relativas à garantia de acesso à justiça e ao dever de adotar disposições de direito interno, respectivamente. Esse ponto foi desenvolvido por Carlos Vicente de Roux Rengifo, no artigo antes citado, folhas 288-9 e 282, respectivamente. O artigo 2 da CADH estabelece que se o exercício dos direitos e liberdades assegurados na Convenção, ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas

constitucionais e com as disposições da Convenção, “as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. Segundo o referido autor:

La Corte ha declarado con frecuencia que el artículo 2 ha sido violado en conexión con diversos artículos de la Convención. En algunos casos, ha dado un paso adicional, indicando qué disposiciones legales deben suprimirse (como lo hizo en relación con las leyes de amnistía expendidas por el Estado del Perú a favor de agentes estatales responsables de violaciones de los derechos humanos, o con las leyes que permitían que los militares juzgaran a los civiles). En otro caso ha establecido, en términos positivos, qué tipo de legislación debe adoptar el Estado (así lo hizo en la Sentencia de Reparaciones del Caso Bámaca Velásquez, en la que ordenó a Guatemala adecuar su ordenamiento jurídico a las normas del derecho internacional humanitario) (RENGIFO, 2005, p. 288).

Nada impede, portanto, que a Corte IDH, em face de violações a direitos econômicos, sociais ou culturais, proceda do mesmo modo, ou seja, determinando ao Estado violador, que adote, ou derroque, leis de determinado caráter e conteúdo, ou até mesmo medidas de outra natureza, necessárias a conferir efetividade aos direitos e liberdades assegurados na CADH.

Já o artigo 8.1 da CADH dispõe que toda pessoa “tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Daí decorreria o direito de toda a pessoa, a acudir aos tribunais internos, para a determinação de seus direitos, e se este acesso lhe é negado, o Estado incorre em responsabilidade internacional, podendo a Corte IDH declará-lo. Para Carlos Vicente de Roux Rengifo, também as omissões dos governos, quando estejam obrigados pelas normas nacionais a empreender ações positivas tendentes a dar efetividade àqueles direitos, configura violação ao artigo 8.1 da CADH. Nas suas palavras:

Mediante el expediente descrito, derechos como los referentes a la salud, la educación, el trabajo y el medio ambiente sano podrían ser objeto de tutela judicial internacional. Se trataría de una modalidad de tutela indirecta, que no ha sido ejercida hasta el presente por la Corte Interamericana (no le han sido presentados casos que correspondan a esa hipótesis) pero cuyas posibilidades tampoco pueden ser desestimadas (RENGIFO, 2005, p. 282).

Tratam-se, os artigos 2 e 8.1 da CADH, de garantias de natureza instrumental, mas com aptidão para fazer chegar um litígio na Corte IDH, especialmente se relacionada a outras violações a direitos humanos.

Além dos quatro grupos de petições acima descritos, todos com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, há, ainda, a possibilidade de formular à Comissão Interamericana petições com base em direitos assegurados no Protocolo de San Salvador. O denominado Protocolo de San Salvador (ou Protocolo Adicional à

Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), especifica os DESC e institui um sistema, misto, de monitoramento. No seu artigo 19 vêm mencionados os chamados “meios de proteção” dos direitos especificados no Protocolo. A regra é, conforme os parágrafos 1 a 5, a apresentação de “relatórios periódicos sobre as medidas progressivas que tiverem adoptado para assegurar o devido respeito aos direitos consagrados no mesmo Protocolo”. No ponto que interessa a essas notas, que é a proteção judicial internacional dos DESC, o citado artigo 19, parágrafo 6, assim dispõe:

Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por acção imputável directamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Inter americana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Ou seja, embora aqui haja uma referência direta à possibilidade de intervenção da Corte IDH em caso de violação a DESC, ela é duplamente limitada. Primeiro, está limitada aos direitos assegurados nos artigos 8.1, a (direito à organização sindical, e filiação); e 13 (direito à educação). Já é uma limitação demasiada, pois deixa de fora do sistema de petições a grande maioria dos DESC. Nada obstante, é preciso destacar a magnitude do direito assegurado no artigo 8.1 a, que é o direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção desse direito, “os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar-se à de sua escolha”. Os Estados Partes também devem permitir que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente.

Mas há outra limitação, que incide sobre esse já limitado campo, e para esta, mais uma vez a doutrina:

Hay que añadir que la protección assignada, conforme al Protocolo, a los derechos a la creación de sindicatos y a la educación, solo podrá ejercerse cuando éstos hubieren sido “violados por una acción imputable directamente [al] Estado”. En otras palabras, a pesar de que el grueso de las obligaciones correlativas a los DESC son positivas o de hacer, y que, por ende, la gran mayoría de las violaciones de los mismos corresponden a omisiones del Estado, el amparo judicial previsto por el Protocolo se restringe a los casos en que los derechos sindicales y a la educación son vulnerados por actos o acciones estatales. Esto deja por fuera, como es obvio, una gama mui amplia de violaciones de tales derechos – para poner un ejemplo que se cae de su peso: un niño perteneciente a una familia pobre a quien el Estado no le haya proporcionado enseñanza primaria gratuita, no podría acudir ante la Comisión y la Corte Interamericanas para hacer valer el respectivo derecho (RENGIFO, 2005, p. 278).

O mesmo autor sugere, como forma de superar essa segunda restrição, que

a CIDH e a Corte IDH levem em conta os deveres positivos dos Estados-Partes, relativamente aos direitos sindicais e à educação, nos moldes preconizados no artigo 2 do Protocolo (idêntico ao artigo 2º da CADH), que impõe aos Estados o dever de adotar as disposições legislativas ou de outra natureza, necessárias para fazer efetivos os direitos contemplados neste mesmo instrumento.

A segunda forma de se invocar a proteção de direitos humanos no Sistema Interamericano – a primeira são as petições, acima examinadas – são as consultas, que os Estados-Partes podem fazer à Corte IDH, ou as opiniões consultivas da Corte IDH.

O artigo 64 da CADH (localizado na Seção II do Capítulo VIII, que dispõe sobre a competência e funções da Corte), estabelece, ao lado da competência contenciosa, uma competência consultiva da Corte IDH. Segundo o referido artigo, os Estados-Membros da Organização poderão consultar a Corte “sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”. Pode a Corte, ainda, “a pedido de um Estado-Membro da Organização”, emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os instrumentos internacionais antes mencionados.

O exemplo conhecido, envolvendo DESC (direitos trabalhistas, mais precisamente) é a consulta formulada pelo México, em 2002, requerendo interpretação da própria CADH, sobre igualdade e não-discriminação de trabalhadores migrantes indocumentados (o governo mexicano queria saber até onde poderia restringir o gozo de direitos laborais aos migrantes). A Corte respondeu (Opinião Consultiva 18), assentando que, documentados ou não, os trabalhadores migrantes devem ter o gozo pleno e efetivo dos mesmos direitos laborais conferidos aos cidadãos do país em que se encontram.

Sobre as opiniões da Corte IDH, mais uma vez ANDRADE, MACHADO e NUNES:

[...] Embora não tenham a força vinculante de uma sentença, referidos pareceres desempenham importante papel na construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com efeito, por refletirem o entendimento de um tribunal internacional, composto por juristas de renomada reputação, a respeito de diversas questões de repercussão para a comunidade internacional, eles constituem importante fonte subsidiária aos operadores do Direito (ANDRADE, MACHADO e NUNES, 2015).

Constituem, portanto, as opiniões consultivas da Corte IDH, uma forma de proteção indireta, que também pode servir à concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais. É mecanismo reservado aos Estados, mas nada impede que indivíduos ou grupos interessados se movimentem, dentro do Estado, criando as condições para que este formule a consulta à Corte IDH.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por razões históricas os direitos civis e políticos foram dotados, desde o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, e também desde a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos, de mecanismos de controle, como o Comitê DCP e o Protocolo Facultativo ao PIDCP, ao passo que os direitos econômicos, sociais e culturais seguiram caminho diverso, e tortuoso, tanto no âmbito global quanto no sistema regional.

Abstraindo-se, porém, tais razões, e considerando-se que o campo dos direitos humanos é um campo aberto, talvez não reste outra opção senão entrar na disputa e encontrar meios de explorar todas as possibilidades de proteção judicial dos DESC, em especial no Sistema Interamericano.

Para tanto, pode-se partir dos mecanismos existentes, já utilizados ou ainda em potencial, ou seja, os sistemas de petição (individual ou coletiva) e o sistema de consultas (opiniões consultivas da Corte IDH). Tanto um quanto o outro encontram fundamento na própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou no Protocolo de San Salvador.

O que não se pode é deixar de buscar a proteção judicial internacional, quando violados direitos desta natureza e quando a proteção interna se mostre insatisfatória.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernanda; MACHADO, Isabel Penido de Campos; NUNES, Raquel Portugal. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos como instrumento para a defesa dos direitos trabalhistas**. In atividade da ESMPU, em Brasília, dezembro de 2015. Publicação desconhecida.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 146p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, 316p. QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional**. Co-edição São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 472p.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional**. São Paulo/Coimbra, RT/Coimbra Editora, 2009, 472p.

RENGIFO, Carlos Vicente de Roux. **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Renato Zerbini Ribeiro Leão, Coordenador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. La protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano. Tomo III, p. 273-89.

VILLAGRA, Soledad. **Protocolo facultativo ao PIDESC: uma ferramenta para exigir os DESC**. Curitiba: Editora INESC, 2009, 46p.

O CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA: A GARANTIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Bruno Augusto Pasian Catolino

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Paranaíba-Ms

Julia Rocha Chaves de Queiroz e Silva

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Paranaíba-Ms

RESUMO: Através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, baseando-se no método indutivo-dedutivo, o presente trabalho objetivou realizar um estudo comparativo entre a jurisprudência brasileira, do Supremo Tribunal Federal, e a da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre o duplo grau de jurisdição e o instituto do foro especial por prerrogativa de função (privilegiado). Nessa comparação se constata a incompatibilidade do sistema jurídico brasileiro com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A partir de uma concepção do duplo grau de jurisdição como garantia, e não mero princípio interpretativo, impõe-se o seu estrito cumprimento, pelo Brasil, nos termos da Convenção Americana. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aponta que, majoritariamente, a Corte não concebe o duplo grau como garantia constitucional, e com tal admissão possibilita-se a sua mitigação. Assim, a jurisprudência pátria admite a mitigação do duplo grau de jurisdição em casos específicos como no julgamento originário das ações penais

pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem o entendimento consolidado (caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*) de que nenhuma pessoa pode ser privada de interpor recurso contra condenação criminal. A Corte determinou também, neste caso, que o Estado deve adequar seu ordenamento jurídico de forma a garantir o duplo grau de jurisdição em face de decisões condenatórias, especialmente para as pessoas que detêm foro especial por prerrogativa de função. Assim, apresenta-se um estudo sobre o instituto do foro especial por prerrogativa de função, apontando a necessidade de aproximação entre a ordem jurídica nacional e internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Interamericana. Direitos Humanos. Duplo Grau de Jurisdição. Foro Especial. Barreto Leiva vs Venezuela.

THE CASE BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA: THE GUARANTEE OF THE DUAL DEGREE OF JURISDICTION AND THE SPECIAL JURISDICTION BY PREROGATIVE OF FUNCTION FROM THE PERSPECTIVE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: Through bibliographical and jurisprudential research, based on the inductive-deductive method, the present work aimed to carry out a comparative study between the

Brazilian jurisprudence of the Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights, regarding the double degree of jurisdiction and the institute of the special forum by privileged (privileged) function. This comparison shows the incompatibility of the Brazilian legal system with the American Convention on Human Rights. From a conception of the double degree of jurisdiction as a guarantee, and not merely an interpretative principle, its strict compliance by Brazil under the terms of the American Convention is required. The jurisprudence of the Federal Supreme Court points out that, for the most part, the Court does not conceive of the double degree as constitutional guarantee, and with such admission its mitigation is possible. Thus, the case law of the country admits the mitigation of the double degree of jurisdiction in specific cases such as the original judgment of criminal actions by the Federal Supreme Court. However, the Inter-American Court of Human Rights has a firm understanding (*Barreto Leiva v. Venezuela*) that no person can be deprived of an appeal against criminal conviction. In this case, the Court also ruled that the State should adjust its legal system to guarantee a double degree of jurisdiction in the face of condemnatory decisions, especially for persons who have a special jurisdiction by virtue of their function. Thus, it is presented a study about the institute of the special forum by prerogative of function, pointing out the necessity of approximation between the national and international legal order.

KEYWORDS: Inter-American Court. Human rights. Double Degree of Jurisdiction. Special Forum. *Barreto Leiva vs Venezuela*.

1 | INTRODUÇÃO

O duplo grau de jurisdição, seja entendido como princípio ou garantia, não consta do texto constitucional de forma expressa, mas a Constituição Federal atribui a competência recursal a vários órgãos jurisdicionais. Também existem exceções ao duplo grau, em especial as hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 102, I, da Constituição Federal.

Parte da doutrina processual brasileira entende que o duplo grau de jurisdição, não tem *status* constitucional, uma vez que na Constituição Federal não há previsão expressa desta garantia. Neste raciocínio, é aceitável que o exame do recurso possa ser realizado pelo mesmo órgão julgador de primeira instância, como ocorre com os embargos de declaração e, no caso mensalão, também com os embargos infringentes. Sobre este último, o Novo Código de Processo Civil extinguiu a modalidade, mas o instituto continua a ser usado normalmente no direito processual penal.

Outra parte da doutrina defende que o duplo grau de jurisdição, mesmo que não conste expressamente na Constituição, tem *status* constitucional.

Em verdade, entendemos que perquirir a natureza constitucional do duplo grau de jurisdição não faz por maximizar sua garantia, eis que a questão da amplitude do duplo grau é definida pelo direito internacional.

A Corte, em legítima interpretação da Convenção Americana (*Caso Barreto Leiva*

vs. Venezuela), consolidou o entendimento que todo cidadão tem o direito de recorrer de uma decisão judicial – recurso este que deve ser apreciado por outros julgadores diferentes dos quais proferiram a decisão contra a qual se objetiva reformar, no sentido *estrito* do duplo grau de jurisdição.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal nº 470 – conhecido como o julgamento do “mensalão”, teve a competência originária, conforme a Constituição Federal (art. 102, I, “b” e “c”), para julgar 37 réus (dos quais 24 foram condenados), pelo envolvimento em um esquema de compra de apoio político no Congresso Nacional. O caso “mensalão”, assim popularmente conhecido no Brasil, e no âmbito internacional, tem duas problemáticas, se utilizada a jurisprudência da Corte Interamericana como parâmetro.

Como não há instância superior ao STF, no Brasil, que possa exercer as vezes de tribunal recursal, todos os réus foram julgados apenas pelo STF sem direito a recurso, na exata principiologia do duplo grau de jurisdição. Tal violação do direito ao recurso por parte dos réus é frontalmente contrária à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como à Convenção Americana.

A doutrina processual também diverge sobre a amplitude da garantia duplo grau de jurisdição. Para uns há a obrigatoriedade de o reexame ser feito por um órgão distinto e hierarquicamente superior. Para outros, há a admissão que, em exceção e em casos especiais, pode-se mitigar a garantia do duplo grau de jurisdição, e permitir que o órgão judicial *a quo* e *ad quem* sejam o mesmo, e de mesma hierarquia.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de entender que não há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, e através de vários julgados vem reiterando seu entendimento.

2 | CONCEITO E AMPLITUDE DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O duplo grau de jurisdição possibilita que a parte, ou um terceiro interessado, por meio de um recurso adequado, busque a revisão dos pronunciamentos com caráter decisório que sejam capazes de trazer prejuízo à parte.

Para NERY JUNIOR (2014, p.58), o princípio do duplo grau de jurisdição apresenta “íntima relação com a preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de haver abuso de poder por parte do juiz, o que poderia em tese ocorrer se não estivesse a decisão sujeita à revisão por outro órgão do Poder Judiciário”.

Sobre o duplo grau de jurisdição, Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p.80) esclarecem que:

O princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso [...]. Os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança.

Os autores apontam que ainda existe parte da doutrina que é contrária ao princípio, negando sua característica de garantia constitucional, por falta de disposição expressa no texto constitucional. Para a doutrina que se posiciona contrária ao recurso, são invocadas três circunstâncias principais:

[...] a) não só os juízes de primeiro grau, mas também os da jurisdição superior poderiam cometer erros e injustiças no julgamento, por vezes reformando até uma sentença consentânea com o direito e a justiça; b) a decisão em grau de recurso é inútil quando confirma a sentença de primeiro grau, infringindo até o princípio da economia processual; c) a decisão que reforma a sentença da jurisdição inferior é sempre nociva, pois aponta uma divergência de interpretação que dá margem a dúvidas quanto à correta aplicação do direito, produzindo a incerteza nas relações jurídicas e o desprestígio do Poder Judiciário (CINTRA; GRINOVER, DINAMARCO, 2010, p.81).

Em que pesem os entendimentos contrários ao duplo grau de jurisdição, “é mais conveniente dar ao vencido uma oportunidade para o reexame da sentença com a qual não se conformou”. Além disso, é psicologicamente demonstrado que um juiz *a quo* tem um maior cuidado ao proferir a decisão judicial pois sabe que ela poderá ser reapreciada por um tribunal de instância superior.

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2010) apontam que a principal justificativa da existência e conservação, no ordenamento, do duplo grau de jurisdição é de natureza política, sendo que qualquer ato estatal deve ser objeto de controle. O duplo grau de jurisdição ainda ofereceria uma maior legitimidade aos julgadores, eis que os mesmos em nosso sistema não são eleitos com voto popular. Logo, é necessário que ao menos haja o controle interno das decisões judiciárias.

NERY JUNIOR (2014) ressalta que um dos principais argumentos que a doutrina utiliza para justificar o duplo grau é a falibilidade da pessoa, ou seja, a máxima de que errar é humano.

Tendo em vista a falibilidade do ser humano, não seria razoável pretender-se fosse o juiz homem imune de falhas, capaz de decidir de modo definitivo sem que ninguém pudesse questioná-lo em sua fundamentação ao julgar. De outra parte, nosso subjetivismo nos coloca naturalmente contra decisão desfavorável, de sorte que o sentimento psicológico do ser humano faz com que tenha reação imediata à sentença desfavorável, impelindo-o a pretender, no mínimo, novo julgamento sobre a mesma questão (NERY JUNIOR, 2014, p.60).

Modernamente, com a democratização da atividade jurisdicional na compreensão do processo justo, exige-se que tanto as partes, quanto o juiz, participem de forma ativa, de forma a superar os conflitos. Assim, a sentença do juiz passa a ser produzida da contribuição conjunta e ativa de todos os envolvidos no processo, deixando de ser uma vontade autoritária e isolada do juiz. Assim, ganhou status de princípio processual o reconhecimento da relevância da “complicação” de todos os sujeitos do processo – envolvendo juiz, autor, réu e auxiliares da justiça (SANTOS, 2012).

Com o advento do constitucionalismo no século XX, foi superado o modelo que

retirava as partes da dinâmica participativa do processo, entregando seus interesses jurídicos ao judiciário, concebidos de forma isolada. Por óbvio, que o juiz tem o poder, como autoridade pública, de decidir qual interesse deve prevalecer no litígio. Contudo, entender o processo de forma democrática, significa que as partes devem ter a possibilidade de influenciar na formação da decisão judicial.

Humberto Theodoro Junior, em prefácio a obra de Marina França Santos, entende que

[...] nas ações de competência originárias das instâncias superiores, porém, a ausência de recurso ordinário se explica pelo fato de o objetivo principal do duplo grau de jurisdição ser atendido de outro modo, qual seja, o de o provimento final se apresentar como produto de um julgamento coletivo, em que não apenas uma opinião decide a causa, mas a de vários e experientes juizes, já com assento nos órgãos superiores de jurisdição” (SANTOS, 2012, p.19).

Portanto, para Humberto Theodoro Júnior, o duplo grau de jurisdição é atendido nas hipóteses dos julgamentos realizados em única instância pelos tribunais superiores, em especial nas hipóteses de foro especial por prerrogativa de função. É atendido, mas de outra forma – pelo julgamento colegiado da causa.

Obviamente que tal forma de julgamento reduz o risco da falibilidade do juiz, eis que a causa ao passar pela análise de vários julgadores tem risco de menor de serem cometidos equívocos no ato da decisão judicial. Contudo, não se pode dizer que haja o comprimento da garantia do duplo grau de jurisdição, ao menos na acepção tradicional do que envolve garantir o direito ao recurso.

Uma das justificativas da garantia do duplo grau de jurisdição é justamente o fato constatado de que os juizes, pela sua humanidade, são suscetíveis a erros, e o fato de se garantir o Recurso, tem como objetivo a redução deste risco de falibilidade.

Contudo, a ponderação da falibilidade do julgador, é apenas um aspecto justificador da garantia do duplo grau de jurisdição, e não é o único. Portanto, em pese o raciocínio invejável do mestre processualista mineiro, não nos filiamos ao seu pensamento.

3 | FORO PRIVILEGIADO E FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: DIFERENÇAS E APONTAMENTOS CRÍTICOS

O foro por prerrogativa de função é um benefício concedido àqueles que ocupam determinados cargos públicos/políticos, devendo ser processados e julgados por órgãos jurisdicionais diversos das que são julgadas as pessoas que não ocupam tais cargos. Geralmente, estes órgãos jurisdicionais são superiores.

O foro por prerrogativa de função é uma proteção destinada a um cargo público/políticos e não à pessoa, por isso não há, em uma primeira análise, violação a Constituição Federal, em especial ao princípio da isonomia.

No que tange à competência do foro especial por prerrogativa de função, o foro

especial é destinado também a acusados que não gozam de foro especial na hipótese de haver concurso de pessoas, conforme o artigo 77, I e artigo 78, III do Código de Processo Penal. Mesmo que o Tribunal competente absolva o agente que usufrui do benefício do foro especial por prerrogativa de função em concurso de pessoas, ainda assim o referido Tribunal permanecerá competente para o julgamento de corréus que não tenham a mesma prerrogativa.

O foro por prerrogativa de função se relaciona a função (geralmente pública) exercida, e o foro privilegiado é termo utilizado a uma diferenciação do órgão julgador em atenção a interesses pessoais do acusado, não a uma função que este ocupa. A crítica que se faz é que não deve o foro especial por prerrogativa de função se assemelhar a uma forma de foro privilegiado. Neste sentido dispõe o julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no HC 88.536, de relatoria do Min. Marco Aurélio (julgamento em 25-9-2007, DJE de 15-2-2008): “A prerrogativa de foro, prevista em norma a encerrar direito estrito, visa a beneficiar não a pessoa, mas o cargo ocupado”.

A justificativa para a existência do foro especial, em virtude da prerrogativa de função, é de que o foro especial protege a função exercida e a atividade desenvolvida por estes cargos, logo não a pessoa seria privilegiada, mas o interesse público. Tanto que o foro especial por prerrogativa de função só pode ser mantido em caso de efetivo exercício funcional. Caso este cesse, não se aplicam as regras constitucionais e do processual penal do foro especial. Neste sentido é a Súmula 451 do STF que dispõe: “A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional” (BRASIL, 2017).

Contudo, tal confusão e a utilização dos termos como se sinônimos fossem é compreensível no direito brasileiro atual, eis que há uma ampla abrangência das hipóteses constitucionais de foro especial por prerrogativa de função (como visto nos tópicos anteriores), e ao grande rol de pessoas públicas e políticas que o usufruem, pode haver a conclusão de que existe uma verdadeira classe de pessoas, a partir de seus cargos, que tem direito a foro especial.

Portanto, em verdade, tratar atualmente foro privilegiado e foro especial por prerrogativa de função como sinônimos significa entoar criticamente o instituto do foro especial segundo o raciocínio acima.

4 | O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O FORO PRIVILEGIADO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é majoritária no sentido de que não há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, especialmente no âmbito criminal. Por várias vezes, ao longo dos últimos trinta anos (desde a promulgação da Constituição Federal de 1988), pode-se

visualizar tal inclinação da Corte Suprema brasileira.

Ao consultar os precedentes da Corte (disponibilizados no sítio eletrônico do STF), ao menos no que tange ao duplo grau de jurisdição do âmbito judicial, podemos apontar diversas conclusões, a seguir elencadas e organizadas.

O STF, na maioria das vezes, não considera que o duplo grau de jurisdição seja uma garantia constitucional, conforme os julgados do RE 976178 AgR, AI 513044 AgR, RHC 80919, HC 711243; RHC 79.785, AI 248761 AgR e AI 209954 AgR.

Apenas em duas oportunidades isoladas o STF admitiu que o duplo grau é uma garantia constitucional, conforme previsão do art. 5º, LX, da Constituição Federal. A primeira, no HC 105005, julgado pela Segunda Turma, quando o Supremo aduziu que o duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional, fazendo referência expressa ao art. 5º, LV da Constituição Federal. E a segunda, no início do advento da Constituição Federal de 1988, no julgamento do Mandado de Injunção – MI 4 – o pleno do STF reconheceu que o duplo grau de jurisdição é garantia constitucionalmente assegurada as partes.

No julgamento do AI 845223 AgR-ED, a Primeira Turma do STF vislumbrou o duplo grau como inserto no princípio constitucional da ampla defesa. Em outra oportunidade, no julgamento do HC 88420, a Primeira Turma caminhou no mesmo sentido, ao dizer que a garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição. E mais, que o direito ao recurso, a uma instância superior, é um direito incorporado ao sistema de direitos e garantias fundamentais.

Interessante notar também a referência ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, na forma da Convenção Americana. No referido julgado, é feita a ressalva à incorporação, pelo Brasil, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e mesmo que o STF (e parte da doutrina) não admitam o caráter constitucional do duplo grau de jurisdição, esta é uma garantia internacionalmente prevista, e mesmo que a incorporação da Convenção Americana seja posterior a promulgação do Código Penal, a legislação ordinária (mesmo que anterior) deve se compatibilizar ao tratado internacional.

No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 601832 (que teve como mérito a questão do foro especial por prerrogativa de função) o STF reconhece que o duplo grau, previsto na Convenção Americana, foi internalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo assim, paradoxalmente, entendeu que o duplo grau não tem natureza absoluta, eis que a própria Constituição Federal excepciona o princípio. Logo, mesmo que anos depois da EC nº 45/2004, o STF reafirmou sua posição majoritária: a de que somente tratados internacionais que são aprovados com quórum de emenda constitucional é que tem *status* constitucional. Assim, temos que, mesmo indiretamente, o Supremo reconhece que existe incompatibilidade entre a Convenção Americana e a Constituição Federal. Deste modo, o STF inicialmente entendeu que mesmo que de forma temporária, a garantia do duplo grau de jurisdição não se pode ser retirada, eis que outorgada permanentemente aos cidadãos.

No AI 513044 AgR e no RHC 79.785 o STF entendeu que a Constituição Federal prevalece em relação aos tratados e convenções internacionais, incluídos os de direitos humanos, impedindo a aplicação de normas do Pacto de San Jose, além de reafirmar que não existe a garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição no ordenamento brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, no RHC 79.785, entende da mesma forma, contrariando as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como será demonstrado oportunamente.

Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido pela possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior. Nesse sentido clássico do duplo grau, não é possível erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional.

O RHC 79.785 se mostra importante julgado, pois sintetiza a posição do Supremo Tribunal Federal não apenas em relação ao duplo grau de jurisdição, mas também em relação a tal garantia em diálogo com o foro especial por prerrogativa de função. Veja-se outro trecho da ementa do aludido julgado:

Podemos concluir, portanto, que mesmo com a incorporação, ao direito interno brasileiro, da Convenção Americana, o duplo grau de jurisdição continua não sendo considerado como garantia constitucional pelo STF – apesar da Convenção Americana, em seu art. 8º, 2, h, o fazer (RHC 79.785). Para o STF, haja vista a falta de órgãos jurisdicionais para viabilizar a aplicação do duplo grau nos processos de competência originária dos Tribunais, deve-se manter a incompatibilidade da Constituição Federal para a aplicação da norma internacional de outorga da garantia do duplo grau, mesmo que isto custe descumprir os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Podemos constatar que o Supremo Tribunal Federal, mesmo com a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil, em 1992 (Decreto nº 678), ainda tem o entendimento que o art. 8º, 2, “h” – o qual dispõe sobre o direito a recorrer para juiz ou tribunal superior, no caso de imputado algum delito – não se aplica à ordem jurídica interna. Logo, preservam-se as hipóteses constitucionais do julgamento originário pelo Supremo Tribunal Federal em réus que detenham o foro especial por prerrogativa de função.

Mesmo que a Convenção Americana não tenha sido submetida ao procedimento de aprovação do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, é certo que a natureza jurídica de garantia do duplo grau de jurisdição ganha mais força, a saber, em especial, pela obrigatoriedade do cumprimento dos tratados e convenções internacionais que o Brasil tenha (de livre vontade) ratificado e incorporado dentro de seu ordenamento jurídico.

Em tese, já que na prática seria impossível atualmente, devido ao grande lapso temporal decorrido, se os réus do “mensalão” quisessem acionar a Corte

Interamericana de Direitos Humanos, em comunicação a violação do duplo grau de jurisdição, o teria que fazer previamente por meio de uma reclamação a Comissão Interamericana, que fazendo o juízo de admissibilidade, poderia ou não, remeter o caso a Corte Interamericana. A Corte, neste caso, além de outras determinações, poderia recomendar medidas para garantir aos réus o devido processo legal, em especial, o cumprimento pelo Brasil, da garantia do duplo grau de constitucional, nos moldes garantidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

5 | O CASO *BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA*

Dispõe o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), em seu art.8º que toda pessoa tem o “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (BRASIL, 1992b, n.p). No que tange à competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos existem importantes julgados que se relacionam à temática do presente trabalho, ligados ao direito ao duplo grau de jurisdição, ao acesso à justiça internacional (acesso a Comissão e a Corte Interamericana), e especificamente sobre a hipótese que nos permite afirmar, categoricamente, que o mecanismo constitucional de foro privilegiado que prevê o Supremo Tribunal Federal como única e última instância julgadora viola a Convenção Americana de Direitos Humanos.

No julgamento do caso *Castillo Páez vs Perú* a Corte inovou e pela primeira vez se manifestou pela garantia do alcance do direito ao recurso efetivo nos termos do artigo 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos nos termos do próprio artigo 25. Assim, a Corte Interamericana entende que o direito ao recurso efetivo ante aos juízes ou tribunais nacionais competentes constitui um dos pilares básicos não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito.

No caso *Suárez Rosero vs Equador* (1997) a Corte declarou que normas internas que de alguma forma impeçam as pessoas em relação de gozarem de certas garantias judiciais, por exemplo quanto à duração da detenção, violam o artigo 2 em combinação com o artigo 7(5) da Convenção Americana.

PAIVA; HEEMANN (2017), em obra sobre a jurisprudência internacional de direitos humanos interpretam o caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* face as disposições do direito brasileiro. No caso *Barreto Leiva*, julgado pela Corte Interamericana em 17 de novembro de 2009, foram reconhecidas diversas violações aos direitos humanos por parte do estado venezuelano, em inobservância a diversas disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, tais quais: a) não conhecimento formal e prévio dos fatos criminosos que lhe eram imputados (art. 8.2); b) direito à ampla defesa e ao contraditório (art. 8.2,c); c) direito a assistência técnica de defesa (art. 8.2, d); direito a presunção de inocência; e) direito à liberdade pessoal; e f) o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8.2, h).

A Corte Interamericana, em sua decisão, determinou que fosse possibilitado ao Sr. Barreto Leiva a interposição de recurso a seu favor, de forma a possibilitar a revisão de sua condenação criminal. Também, ordenou que a Venezuela adeque seu ordenamento jurídico de maneira que garanta o duplo grau de jurisdição em face de decisões condenatórias, especialmente em relação as pessoas que detém foro especial por prerrogativa de função.

Este julgado possibilita diversas diretrizes para o sistema jurídico brasileiro em especial sobre as garantias processuais penais, especialmente o foro especial por prerrogativa de função e a garantia do duplo grau de jurisdição, que no direito brasileiro tem disposição constitucional. Logo, a adequação do sistema brasileiro aos ditames da Convenção Americana de Direitos Humanos é necessária e urgente, eis que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é a interprete máxima das disposições internacionais da qual o Brasil assumiu a cumprir.

Se é de conhecimento do Estado Brasileiro que sua sistemática jurídica não se coaduna com a interpretação da Convenção Americana pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por que esperar que o Brasil sofra uma condenação aos moldes do caso *Barreto Leiva* para que seja garantido um duplo grau de jurisdição de forma efetiva dentro do contexto nacional?

Nos parece urgente a necessidade de revisão dos mecanismos constitucionais e processuais penais que colocam o Supremo como única de diversas autoridades públicas. Do mesmo modo, reduzir o extenso rol dos beneficiados pelo foro especial por prerrogativa de função, para que este não seja alcunhado de foro privilegiado, também parece ser uma resolução eficaz da problemática apresentada.

No que concerne ao foro especial por prerrogativa de função, a Corte Interamericana afirmou que o instituto “é estabelecido para proteger a integridade da função estatal que atribui a determinadas pessoas, não constituindo, portanto, um direito pessoal dos funcionários públicos” (PAIVA; HEEMANN, 2017, p.408). Deste modo, a Corte entende que o foro especial por prerrogativa de função é compatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Resta claro que, por si só, o instituto do foro especial por prerrogativa de função não é contrário à Convenção Americana de Direitos Humanos. O problema ocorre quando há o conflito do foro especial – instituto que segundo a Corte Interamericana protege a função estatal – com a garantia do duplo grau de jurisdição, qual seja, a garantia mínima de toda pessoa “acusada de um delito poder recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (artigo 8.2, h da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Veja-se que a garantia ao duplo grau de jurisdição no âmbito internacional também é garantida no âmbito das Nações Unidas, portanto de aplicação global. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, incorporado ao direito interno em todos os seus termos por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 traz em seu artigo 14.5 que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com

a lei” (BRASIL, 1992a, n.p).

Logo, dentre os documentos internacionais que o Brasil ratificou e incorporou, não há nenhuma exceção ao duplo grau de jurisdição. Importante mencionar que o sistema americano e global, não trazem nenhuma exceção à garantia do duplo grau de jurisdição, divergindo do sistema europeu que traz exceções nos termos do artigo 2.1 do Protocolo nº 7 a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Uma das exceções postas é justamente a hipótese de o réu ser condenado pela mais alta jurisdição do país em primeira instância. Contudo, tal sistemática foi posta somente no sistema europeu, não no âmbito do sistema americano.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Manter o foro privilegiado nas hipóteses de julgamento originário do STF, tal qual ocorrera no caso “mensalão”, significa manter uma posição do judiciário brasileira contrária a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, eis que toda vez que alguém for julgado pelo STF – como instância originária – não terá meios de efetivar seu direito ao recurso, garantido pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Resta demonstrada a discrepância entre a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Constituição Federal, e entre a jurisprudência brasileira e a jurisprudência da Corte Interamericana. A normatividade que deve vigorar é a que mais beneficia a pessoa humana. Para tanto, reconhecer a correta amplitude da garantia do duplo grau de jurisdição é imprescindível.

Entendemos que é preciso reformular o sistema constitucional e jurídico brasileiro, no intuito de fazer com que a ideia do foro especial por prerrogativa de função não signifique necessariamente privilegiar a figura do “político brasileiro”, e sim uma segurança para a própria *práxis* democrática. A extinção completa do instituto, remetendo todos os agentes políticos para serem julgados por juízes comuns, não necessariamente trará justiça. Expliquemos.

Não entendemos que a manutenção do instituto do foro especial por prerrogativa de função, aos moldes atuais, seja benéfica. Muito pelo contrário, pois demonstrado que este se tornou, com o passar dos tempos, em “foro privilegiado”, não só pela alcunha, mas pela criação de uma proteção jurídica pessoal a “classe política”. Portanto, há o desvio do instituto.

A manutenção do instituto do foro especial por prerrogativa de função não cria a impunidade. É o atual uso desmedido do instituto (tal como demonstramos na evolução histórica constitucional), que se apresenta com um dos fatores de contribuição da impunidade da classe política.

A reformulação do sistema jurídico brasileiro (constitucional e processual penal) sobre o foro especial por prerrogativa de função é medida necessária para que

possa transparecer o objetivo do instituto de trazer uma segurança para a própria democracia brasileira e para que se veja que o foro especial por prerrogativa de função não significa necessariamente manter um “privilégio” para a figura do “político brasileiro”. O instituto, ademais, é importante para evitar perseguições políticas contra os agentes políticos (que exercem um múnus público) bem como pressões de investigados poderosos sobre juízes de primeiro grau.

REFERÊNCIAS

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 (1992a) (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (1992b) (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 601832. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009, DJ 02-04-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087495&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso em Habeas Corpus nº 79.785. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000015832&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula n.º 451. A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 10 abr. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PAIVA, Caio Cesar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos** – 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

SANTOS, Marina França. **A garantia constitucional do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS SITUAÇÕES DEGRADANTES DOS PRESOS: AFRONTA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Alana Tiosso

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina
Londrina - PR

Izabella Affonso Costa

Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina
Aluna Especial do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina
Londrina - Paraná

RESUMO: O presente estudo, embasado no princípio da dignidade humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, busca analisar a responsabilidade civil do Estado que, tendo o dever de guarda daqueles que estão aprisionados em seu sistema carcerário, não lhes garante as mínimas condições de vida digna e salubre. Através de revisão bibliográfica foram analisados alguns aspectos da dignidade humana visando melhor compreender as razões da sua violação no caso específico dos presos submetidos a condições degradantes e a natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado por sua violação. Por fim, através de análise de caso concreto, submetido a julgamento perante o C. Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário nº 580.252, no qual houve fixação de tese para servir de paradigma aos demais casos julgados, será

demonstrado que o Estado tem responsabilidade objetiva pelo ressarcimento de danos, inclusive morais, causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade humana. Prisão. Responsabilidade civil do Estado.

THE STATE'S RESPONSIBILITY FOR THE DEGRADING STATUS OF PRISONERS: AFFECTING THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

ABSTRACT: The present study, based on the principle of human dignity as the foundation of the Federative Republic of Brazil, seeks to analyze the civil responsibility of the State which, having the duty of custody of those imprisoned in its prison system, does not guarantee them the minimum conditions of a decent life it's healthy. Through a bibliographic review, some aspects of human dignity were analyzed in order to better understand the reasons for their violation in the specific case of prisoners subjected to degrading conditions and the legal nature of the civil responsibility of the State for its violation. Finally, through the analysis of a case, submitted to the Federal Supreme Court, Extraordinary Appeal No. 580.252, which established a thesis to serve as a paradigm for other cases tried, it will be demonstrated that the State has an objective responsibility for the

compensation of damages, including moral, caused to the detainees due to the lack or insufficiency of the legal conditions of incarceration.

KEYWORDS: Human dignity. Prison. Civil responsibility of the State.

1 | INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a dignidade da pessoa humana em suas características essenciais, no intuito de poder melhor compreendê-la enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, conforme previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Mediante uma breve evolução histórica da origem e desenvolvimento dos estudos acerca da dignidade da pessoa humana, pretende-se discutir sua conceituação e abrangência. Tendo em vista a importância dada ao homem nas relações políticas, jurídicas e filosóficas, o presente trabalho demonstra a inviabilidade da dissociação dos valores inerentes à pessoa humana da aplicação do direito. As relações humanas precisam estar em sintonia com os valores previstos no texto constitucional, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Por fim, visando desenvolver uma problemática mais específica sobre o estudo da dignidade humana, será feita a análise do Recurso Extraordinário nº 580.252, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual a discussão envolve a possibilidade de responsabilização civil do Estado com a fixação de indenização por danos morais ao preso, em razão da situação precária que se encontrava o presídio pela superlotação carcerária. Diante da omissão do Estado em deixar de atender as normas legais vigentes, o autor da ação sofria violação dos seus direitos fundamentais e por consequência, da sua dignidade.

O dano a que estava submetido o detento, autor da ação, e os demais que se encontram na mesma circunstância, está relacionado com as condições que vivem na prisão, à falta de higiene, a excessiva quantidade de pessoas por cela, a falta de espaço mínimo para sobreviver, para dormir, a má qualidade dos alimentos, etc. Assim, configura o dano moral, como a violação aos direitos de personalidade e à dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o presente estudo é necessário para demonstrar as condições degradantes em que vive a população carcerária no Brasil, a qual por fim, acaba recebendo uma penalidade muito mais elevada que a imposta pelo judiciário (restrição de sua liberdade), em razão da afronta aos valores inerentes da pessoa humana. Ainda, a relevância temática perfaz na responsabilidade civil do Estado, o qual tem a obrigação do cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais e as descumpra ao fornecer um sistema público prisional nas condições em que se encontram. Portanto, a atuação, ou melhor, omissão do Estado resulta na violação de uma vida digna dos presos.

2 | A CONCRETUDE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao debruçar-se sobre o estudo da dignidade da pessoa humana, inicialmente pode parecer óbvio que os seres humanos tenham direitos que lhes sejam inerentes e que não podem ser violados, seja por terceiros, seja pelo próprio Estado. No entanto, muito complexa é a tentativa de conceituação da dignidade humana, tendo em vista que se trata de um conceito aberto, que somente alcança maior concretude quando definidos os seus componentes, a fim de buscar entender sua extensão, bem como sua aplicação prática.

Analisando-se historicamente a dignidade humana, verifica-se que sua primitiva origem tem base religiosa, decorrente da ideia de que os seres humanos são feitos à imagem e semelhança de Deus, como consta na Bíblia, o que lhes garante uma dignidade própria da sua qualidade humana. (MORAES, 2003, p. 111).

Entretanto, por certo período, essa qualidade humana não abrangia todos os seres humanos, tendo em vista que a divisão da sociedade em classes excluía certos grupos, que não seriam dotados dos mesmos direitos inerentes pela própria humanidade aos membros dos outros grupos ou classes sociais privilegiadas. Era o que ocorria, por exemplo, com os escravos em algumas sociedades antigas, que eram tratados como objetos e não como humanos, não sendo sujeito dos direitos e garantias que os demais detinham.

Com o desenvolvimento intelectual, em especial na época do Iluminismo, o homem foi trazido ao centro dos estudos e por isso a filosofia passou a preocupar-se com a ideia de dignidade humana, tratando de discutir e ocupar-se do debate acerca de suas principais características e conceitos, sendo Immanuel Kant o grande expoente desse período.

No entanto, somente no período Pós Segunda Guerra Mundial é que a dignidade da pessoa humana passou a figurar como valor central e com importância jurídica. A Assembleia Geral da ONU proclamou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, inspirada pelo texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Já no seu primeiro artigo estabelecia que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos”.

Pretendiam os membros da ONU torná-la pública e conhecida por toda a sociedade, independente da situação política ou econômica de cada país, a fim de que se reconhecesse o direito inerente de cada homem, o qual deveria ser respeitado por todos para que reinasse a justiça e a paz no mundo.

Assim, paulatinamente a dignidade da pessoa humana foi objeto de inclusão nos tratados internacionais e nas Constituições nacionais, sendo a primeira delas a Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que previu em seu artigo 1º a inviolabilidade da dignidade humana como valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional. (BARROSO, 2010).

No Brasil, foi essencialmente no período pós Ditadura Militar, dentro de um

contexto de redemocratização, que a Constituição Federal de 1988 espelhou inteiramente todos os anseios e princípios que se necessitava proteger, muitos deles que já se encontravam garantidos também pelas normas internacionais.

Nesse sentido, logo no primeiro artigo da Carta Maior está expressamente prevista a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III CF/88), figurando ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Válido destacar também, que o legislador constituinte reconheceu a importância de internalizar instrumentos que buscassem a dignidade do homem, conforme dispõe o artigo 5º, §2º da CF/88, ao dispor que os direitos expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, como os tratados internacionais que o país seja parte. Desta forma, o §3º do art. 5º da Carta Magna elucida que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados por 3/5 em cada Casa do Congresso terão *status* de norma constitucional ao fazê-las equivalentes as emendas constitucionais.

A ideia de dignidade humana também esteve sempre ligada aos direitos chamados fundamentais como liberdade, igualdade, livre iniciativa, lazer, meio ambiente, dentre outros, mas com ela não se confundem, pois a dignidade refere-se a uma qualidade do homem. Para Ramos (2014, p. 69) pode ser compreendida como uma unidade jurídica ligada à origem dos direitos humanos, aos quais confere conteúdo ético, e fornece ainda, conteúdo axiológico a todo o sistema jurídico a fim de promover a eficácia dos direitos, e orientar o aplicador da lei.

Conforme leciona Moraes, (2011, p. 1):

os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Ao optar por colocar a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o constituinte lhe concedeu *status* de valor base de todos os demais direitos e garantias fundamentais. Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana. (CAVALIERI, 2012, p. 88).

Diversos conceitos buscam definir a dignidade humana, como se pode observar:

[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão de respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2011, p. 48)

A dignidade também pode ser conceituada como um valor fundamental, que embasa e justifica os direitos humanos e fundamentais, podendo estar ela já expressa em alguma norma que traga uma garantia ou mesmo ser utilizada como um princípio geral e elevado que auxilie a interpretação das demais normas. (BARROSO, 2010, p. 11).

Assim, a dignidade da pessoa humana reconhece o ser humano como bem maior protegido, carregando consigo direitos inerentes à própria condição humana, como a vida, a liberdade, a igualdade e todos os demais direitos deles decorrentes que são imprescindíveis e que devem ser garantidos dentro de um Estado democrático.

As ordens constitucionais que tem como base a construção de um Estado democrático de direito, como o Brasil, tem como valor fundamental a dignidade da pessoa humana, a qual ocupa ponto central nos campos filosóficos, jurídicos e políticos. Assim o homem, independente da existência de qualquer circunstância, deve ter seus direitos inerentes a sua condição humana respeitados por seus pares e pelo Estado. (SARLET, 2011, p. 28).

Nesse sentido, sendo a dignidade valor fundamental e justificativa de todos os demais direitos inerentes ao homem, impõe-se reconhecer a sua garantia também àqueles que se encontram encarcerados em estabelecimentos prisionais por conta de cumprimento provisório ou definitivo de decisões judiciais. Encontra-se nesse ponto o objeto do presente estudo, que consiste na verificação da responsabilidade civil do Estado e de sua natureza, nos casos de violação à dignidade humana dos presos.

3 | DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS ENCARCERADOS

Adentrando ao campo da responsabilidade civil, é certo que mesmo após a Constituição de 1988, a legislação civilista permaneceu ainda regrada pelo Código de 1916, que por todo o contexto histórico envolvido à época de sua promulgação, reconhecia o patrimônio com prioridade sobre o próprio ser humano e seus direitos.

Obviamente, através da interpretação constitucional dada, essa conjuntura de privilegiar o patrimônio ao invés da vida foi sendo alterada, mas somente com o advento do Código Civil de 2002 é que houve a positivação dessa alteração na legislação civil, que não deixou de privilegiar a autonomia privada, mas passou a balizar sua aplicação e interpretação de acordo com fundamentos de maior importância, como a dignidade humana em toda sua abrangência.

Desse modo, a interpretação do direito civil deve se dar à luz do direito constitucional e no âmbito dos direitos humanos, colocando os homens sempre como ponto de partida das relações privadas, sendo que [...] “a relação jurídica fundamental se caracteriza pelo respeito, sobretudo à dignidade humana, dentro da esfera dos direitos privados de cada pessoa”. (DIAS, 2002, p. 37).

O sistema da responsabilidade civil previsto no artigo 186 e artigo 927 do Código

Civil é de natureza subjetiva, caracterizado segundo a doutrina de Cavalieri (2012, p. 19), por três pressupostos básicos, quais sejam a ocorrência de dano, conduta culposa do agente e nexo de causalidade entre o dano e a conduta. Alguns doutrinadores como Gonçalves (2005, p. 32) acrescentam como pressuposto a ação ou omissão, classificando como quatro os pressupostos da responsabilidade civil.

Em relação à responsabilidade do Estado, é ela disciplinada no §6º, do artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 43 do Código Civil, que dispõe que o Estado responderá de forma objetiva, ou seja, sem a necessidade de configuração de culpa, pelos danos causados por seus agentes a terceiros. Assim, a Constituição adotou para a responsabilidade da administração pública, a teoria do risco administrativo, em que precisa ficar demonstrado a causalidade e a consequência entre a ação do agente público/ Estado e o dano causado para gerar o dever de indenizar do ente público. (CAVALIERI, 2012, p. 261).

Não há necessariamente a obrigação da conduta ser atrelada a um agente público, podendo ser ela ligada a um órgão, uma prestação de serviço público, repartição pública, enfim, mesmo que não se consiga definir o agente violador do direito se configurado o dano e o nexo de causalidade há responsabilidade do Estado em indenizar.

A discussão doutrinária e jurisprudencial que exsurge acerca dessa responsabilidade objetiva do Estado, refere-se ao fato de imputá-la tanto nos casos de uma ação efetiva que gere danos a terceiros, como no caso de condutas omissivas, quando o Estado não atua quando deveria atuar e causa um dano.

Cavalieri Filho (2012, p. 267) assim pontua:

A atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição, refere-se só à conduta comissiva do Estado ou também à omissiva? Essa questão é ainda controvertida na doutrina e na jurisprudência, pelo que merece algumas considerações. Em nosso entender, o art. 37, § 6º, da Constituição, não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva.

Convém destacar também que, a respeito da omissão do Estado, a doutrina a subdivide em específica e a genérica. A omissão específica ocorre nas situações em que a Administração Pública se encontra na posição de guardião, e por falta de agir cria uma oportunidade vulnerável à ocorrência do dano que tinha a obrigação de evitar, havendo assim responsabilidade objetiva. Já na omissão genérica, que se coloca quando o Estado tem o dever legal de agir, como nos casos de fiscalização, e, por omissão, ao deixar de agir, promove condições favoráveis ao resultado danoso, resta configurada a responsabilidade subjetiva, dependendo da comprovação de culpa. (CAVALIERI, 2012, p. 261).

Visto isso, tratando-se aqui da responsabilidade do Estado perante aqueles que mantêm encarcerados em seus presídios, nota-se a ocorrência da omissão específica, em razão da obrigação de guarda e proteção que o Estado tem por decorrência da

previsão do artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal.

Portanto, nos casos de violação à integridade física ou moral dos presos, caracterizada pela omissão do Estado no dever de guarda, haverá responsabilidade objetiva e dever de indenizar, seja pelos danos patrimoniais, seja pelos danos extrapatrimoniais, desde que configurada a existência do dano e o nexo de causalidade.

A fim de dar maior concretude ao tema exposto, em busca junto aos precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, foi possível encontrar decisão, que será na sequência analisada, na qual foi discutido o tema responsabilidade civil objetiva do Estado referente aos danos causados aos presos encarcerados em condições degradantes, por conta da violação à dignidade humana.

4 | O DIREITO À INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DOS PRESOS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES DE ENCARCERAMENTO – ANÁLISE DO RE Nº 580.252

O caso concreto objeto de análise trata-se do Recurso Extraordinário nº 580.252, representativo de controvérsia e com repercussão geral, originário do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, envolvendo ação movida por detento, condenado pelo crime de latrocínio a 20 anos de reclusão, em face do Estado do Mato Grosso do Sul, requerendo fixação de indenização por dano moral causado pelas ilegítimas e sub-humanas condições a que estaria submetido no cumprimento de pena em estabelecimento prisional, situado no Município de Corumbá- MS.

Em primeira instância, no juízo cível de Corumbá, o pleito foi julgado improcedente, tendo sido reformado, por maioria, em grau de apelação, com fixação de indenização de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Posteriormente, em sede de embargos infringentes, houve acolhimento do recurso do Estado, restaurando-se a decisão de improcedência proferida inicialmente.

Foi então interposto Recurso Extraordinário, pelo qual o detento recorrente apontava que o venerando acórdão regional teria violado os artigos 5º, III, X, XLIX; e 37º, § 6º, da Constituição, e também ao artigo 5º do Pacto de São José da Costa Rica. O seguimento do Recurso foi negado pelo Tribunal *a quo*, sendo que em agravo foi admitido o recurso extraordinário para discussão, sendo reconhecida a repercussão geral da matéria, relativa à responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária.

O julgamento ocorreu em 16 de fevereiro de 2017, pelo Tribunal Pleno, sendo dele fixada a seguinte tese:

TEMA 365: Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente

causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Da análise do julgado é possível observar que não houve controversa acerca das precárias condições do sistema penitenciário sul-mato-grossense, sendo que no estabelecimento prisional de Corumbá-MS, além da superlotação, existiam diversos problemas de saúde pública, pela ausência de higiene e proliferação de doenças, o que por si só já configurava descumprimento às normas mínimas impostas pelo Código Penal e pela Lei de Execuções Penais relativamente à prisão e também desrespeito à dignidade humana, pela situação ultrajante a que os presos estavam expostos.

No referido caso, o autor da ação, em decorrência da condição de preso, por óbvio, tinha restringida a garantia dos seus direitos de liberdade e privacidade, contudo, por expressa previsão constitucional, deveria pelo menos ter condições dignas mínimas para sua sobrevivência e saúde, condições essas que deviam ser garantidas e promovidas pelo próprio Estado, responsável pela administração do presídio, o que não é a realidade nacional.

Nesse sentido, no caso específico, os fatos e a ocorrência do dano estavam comprovados posto a submissão dos presos a tratamento desumanos e degradantes e os inúmeros problemas de administração e vigilância sanitária, comprovados documentalmente por órgãos públicos, ficando evidente a lesão aos direitos fundamentais, à dignidade e integridade psicofísica do autor da ação, sendo que a controvérsia recursal cingiu-se sobre a indenizabilidade, ou seja, a existência ou não da obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados nas circunstâncias enunciadas.

Aplicando-se a responsabilidade objetiva do Estado, prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal, comprovado o dano e demonstrado o seu nexos de causalidade com uma ação ou omissão do Estado, configura-se a responsabilidade de indenizar, conforme acima observado.

No caso julgado pelo Pleno do Supremo foi aplicada justamente a responsabilidade objetiva, afastando-se assim a tese da defesa que buscava o reconhecimento da aplicação do princípio da reserva do possível, relacionado à capacidade financeira do Estado em prestar o mesmo “benefício” aos indivíduos que estiverem em iguais condições.

Veja-se que, de acordo com a análise acima realizada acerca da dignidade humana, a tese de defesa adotada pela Procuradoria Geral do Estado do Mato Grosso do Sul buscou furtar-se ao valor absoluto da dignidade humana, com base em princípios econômicos, como a capacidade financeira do Estado, o que segundo depreende-se do V. Acórdão, poderia justificar a perpetuação das desumanas situações que se encontram os estabelecimentos prisionais daquele Estado.

Em que pese reconhecer que o problema prisional e a violação aos direitos

fundamentais que causam danos pessoais aos detentos dependem de alterações substanciais em políticas públicas que importam em necessárias alterações legislativas, o Aresto ressalta que não se pode deixar de reconhecer que houve uma conduta do Estado que gerou dano ao detento, o que exige a necessária fixação de indenização.

O Ministro Luiz Roberto Barroso, em seu voto, levanta algumas problemáticas a respeito da ineficiência da indenização por parte do Poder Público nesses casos, para ele, o recurso estatal já escasso estaria sendo aplicado nas indenizações ao invés de ser utilizado na melhoria do sistema prisional.

Segundo ele, a fixação de indenização aos presos pelas condições desumanas e degradantes a que são expostos, dá respaldo para que todos os presos do Brasil requeiram indenização, o que devido à crise prisional do país, pode gerar um dano moral presumido. Com referência em decisões da Convenção Europeia de Direitos Humanos – CEDH, afirma o Ministro que a condenação do Estado à indenização por danos morais pode ser limitada aos casos em que as violações fossem devidamente comprovadas, como por exemplo, ausência de espaço mínimo de 3 metros quadrados por preso, diversamente de quando se tratar de problema estrutural, em que é preferível que seja fixado prazo para o Estado adotar as medidas cabíveis.

Barroso elucida brevemente a situação carcerária do Brasil, com base nas estatísticas constatadas pelo CNJ, e concorda que inserir alguém no sistema prisional nas condições brasileiras impõe a perda da integridade, de aspectos de sua dignidade, e dificuldades de reinserção social, não discordando do fato de que [...] “o Estado tem o dever de indenizar os danos morais causados pelo encarceramento em condições atentatórias aos mínimos padrões de dignidade”, mas sugere que a indenização pelos danos morais sofridos seja convertida em remição de parte do tempo de execução da pena, como forma de mecanismo alternativo, tese que não foi acatada pela maioria dos julgadores.

Insta destacar que o Estado tem obrigações frente à dignidade da pessoa humana, a fim de impedir situações humilhantes ou degradantes, e em contrapartida, também promover a realização de uma vida digna plena para todos, por meio de fornecimento de condições mínimas para a sua concretude.

Nesse sentido expõe-se:

[...] todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência. (SARLET, 2011, p. 79)

Convém lembrar que a dignidade do homem pode ser caracterizada por dois elementos, o positivo e o negativo. O primeiro deles, o positivo, refere-se na defesa da existência de condições mínimas materiais de sobrevivência, tanto que a ordem

econômica prevista no art. 170 da CF impõe em assegurar uma existência digna a todos. O elemento negativo por outro lado, proíbe o tratamento degradante, ofensivo, discriminatório, o que nos remete ao art. 5, III da Carta Magna. (RAMOS, 2014, p. 69).

Assim, cabe ao ente estatal adotar medidas de precaução e proteção para evitar que se ocorra lesão aos direitos inerentes à dignidade, bem como ações e procedimentos que possam remover quaisquer condições que estejam impedindo que as pessoas vivam com dignidade, valendo tais medidas também para aqueles que se encontrem encarcerados em presídios públicos.

O Brasil está entre os países que mais prendem no mundo, como se não bastasse, a maioria dos estabelecimentos prisionais encontram-se em condições precárias, fornecem tratamentos sub-humanos, e por fim acabam por promover ainda mais a criminalidade e a violência, ao invés de cumprir a sua função social de ressocialização. Como falar em dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, a qual por meio de sua atuação deve ter como sentido, finalidade e justificação a sua concretude, e ainda afirmar que [...] “é o Estado que existe em função da pessoa humana e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (SARLET, 2011, p. 52) em tais condições?

De fato, deveria o Poder Público garantir a quantidade de presídios necessária para atender a população carcerária do Brasil, posto ser de conhecimento notório a superlotação das prisões brasileiras, fato este que por si só impede a promoção da qualidade de vida digna, com condições de habitabilidade, higiene e alimentação para os presos.

Nota-se que no julgamento da referido caso existe menção a dispositivos específicos, da legislação nacional e de tratados internacionais que preveem direitos humanos e fundamentais, e que segundo a análise procedida teriam sido violados pela situação verificada no estabelecimento prisional de Corumbá, sendo, no entanto, que pela fundamentação exposta é possível observar que a dignidade humana funcionou como valor maior para embasar toda a interpretação do caso, ou seja, o dano moral existente decorreu *a priori* da própria violação à dignidade humana do detento.

Outrossim, para o E. Relator, as violações a dignidade dos presos não poderiam ficar impunes, e embora tenha se levantado a questão de que o direito à indenização não eliminaria a problemática do sistema prisional, não deveria ser essa a justificativa para negar-se a indenização, posto que tal afirmação acabaria por dar respaldo e possivelmente reforçar as violações existentes.

Acrescenta ainda que muito embora tenha se discutido a necessidade da adoção de políticas públicas para melhoria das condições prisionais, não há qualquer motivação política para realizar tais mudanças e nem interesse da população em cobrar tal atuação, tendo em vista que para a sociedade no geral, os presos são considerados seres humanos rebaixados, de “segunda categoria” e que não merecem respeito e atenção do poder público, possivelmente justificando que sequer tivessem

seus direitos inerentes à sua condição humana garantidos.

Portanto, em que pese as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acima demonstradas acerca da responsabilização civil do Estado por omissão em relação à situação degradante dos presos, que se encontram sob sua guarda e responsabilidade em seus estabelecimentos prisionais, atualmente foi pacificado pelo E. Supremo Tribunal Federal que o Estado responde objetivamente pela violação sofrida pelo detento em sua dignidade humana, com base no artigo 37, §6º da Constituição Federal, devendo o detento comprovar essa violação para ser ressarcido pelos danos, inclusive os morais.

5 | CONCLUSÃO

Pretendeu-se a partir do presente estudo a discussão acerca da responsabilidade do Estado pela violação à dignidade humana decorrente de situações degradantes sofridas por presos recolhidos nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Nesse sentido, inicialmente foi apresentada a dignidade humana como um valor central e absoluto decorrente da própria condição humana e que funciona como fundamento ou como elemento justificador para aplicação dos direitos humanos e fundamentais, sendo ela a própria concretude dos demais direitos, devendo ser resguardada pelo Estado.

Outrossim, em relação à responsabilidade do Estado, observou-se que do dever de guarda imposto pela legislação em relação aos presos que se encontram encarcerados, impõe-se reconhecer que a ocorrência de omissão específica na atuação do Poder Público, que não atua para impedir a ocorrência das situações degradantes, gerando assim uma responsabilidade civil objetiva. Ou seja, sempre que configurado o dano e o nexo de causalidade entre a atuação omissiva do Estado e o dano sofrido, ficará configurado o dever de indenizar.

Especificamente em relação aos presos submetidos às situações degradantes, foi utilizado como base de estudo concreto o Recurso Extraordinário nº 580.252, julgado pelo C. Supremo Tribunal Federal, sendo que de sua análise foi possível observar a condenação do Estado, enquanto responsável objetivo pelos danos causados, à indenização por danos morais a detento que se encontrava recolhido em presídio sem as mínimas condições de higiene e saúde, portanto, em evidente afronta a sua dignidade humana.

Assim, nota-se que dignidade humana erigida a fundamento da República Federativa do Brasil encontra importância essencial como valor e fundamento de toda a construção teórica dos direitos humanos e fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, sendo que as decisões judiciais, em regra, deverão sempre valorizá-la e, quando vislumbrada a sua violação, como no caso da situação degradante dos presos, reconhecer o dever de indenizar, fixando a indenização que lhe seja

compatível.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 580.252**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Acórdão lavrado pelo Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 16 de fevereiro de 2017.

CABRAL, Rafael Lamera. **O princípio da dignidade humana e a mudança de paradigma com a Constitucionalização do Direito Civil**. Revista De Direito Público, Londrina, v. 7, n. 3, p. 171-190, Set./Dez. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Joaquim José de Barros. **Direito civil constitucional: caderno 3**. In: LOTUFO, Renan, (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 13-57

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral**. 9ªed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo [coord.]. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 125-127.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Revista Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n.29, p. 233-258, jul/dez/2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA AO ATIVISMO JUDICIAL: PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, TORNANDO-OS REALIDADE

Ruy Walter D`Almeida Junior

Mestre em Direito Público e Evolução Social pela
Universidade Estácio de Sá-Rio de Janeiro

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal vem sendo chamado a concretizar direitos fundamentais pela omissão dos demais Poderes da República. Abandonando em alguns casos a autocontenção, observa-se a adoção do ativismo judicial, mesmo que por vezes tenha que agir de maneira contramajoritária.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Defensoria Pública. Direito de Greve. Ativismo judicial

ABSTRACT: The Federal Supreme Court has been called to concretize fundamental rights in case of omission of Executive and Legislative branches of power. Leaving the self-restraining, as in the cases of the public servants' strike and the Public Defender's Office in Santa Catarina, one observes the adoption of judicial activism, even though sometimes it has to act in a counter-majoritarian way.

KEYWORDS: Supreme Federal Court. Public defense. Right to strike. Judicial activism.

1 | INTRODUÇÃO

Muitos obstáculos foram ultrapassados para que pudéssemos chegar ao dia 5 de outubro de 1988, precisamente às 16:25h. Talvez por conta destes desafios de ordem política, possivelmente vencidos, visando à (re)implantação de um regime democrático no Brasil, optamos por positivar uma Constituição analítica, muito embora seu texto traga normas sem conteúdo definido, abertas mesmo, sem mínimo delineamento, apenas enunciando direitos sem a dosagem de qualquer critério de como torná-los viáveis, palpáveis, exercíveis no campo social, prático, real.

Basta analisarmos, ainda que de maneira superficial, as normas reveladoras de direitos fundamentais para entendermos a necessidade de aprofundamento ou, quiçá, de desenvolvimento de políticas públicas para sua realização efetiva, já que muitos deles não trazem qualquer definição de conteúdo, de destinatário, repartição de competências para prestação, prazos para cumprimento, delimitações, enfim, determinação de critérios para a sua concretização.¹

É certo que a própria Constituição assegura a imediata aplicação das normas

¹ Veja-se, por exemplo, o direito à moradia mencionado no artigo 6º da CF. O texto constitucional não traz sequer uma pista para delineamento.

definidoras dos direitos e garantias fundamentais², mas nem assim foi capaz de definir **quais** direitos estariam submetidos a esta diretriz, nem mesmo definindo o **conceito** de aplicação imediata. Cuida-se de norma-otimizadora sem delineamento, não tendo o constituinte estabelecido qualquer critério para ajuste dos efeitos da norma constitucional.

Se há, portanto, previsão de que toda norma definidora de direitos fundamentais tem aplicação imediata (e veremos se a afirmativa se aplica a todos os direitos), urge analisarmos se isto é suficiente à efetividade dos intentos constitucionais ou se vai ser necessária participação estatal no processo. Não há dúvida de que a aplicação imediata é norma expressa, mas insta perquirir o seu alcance, os destinatários, o objeto, enfim, o delineamento de sua estrutura normativa como **norma-vetor**. Como conjugar a força normativa deste mandado de otimização com a ausência de cumprimento estatal das necessidades absolutamente esperadas para a plena efetividade das normas definidoras dos direitos e garantias?

Caberia ao Estado-Juiz, além de declarar eventual mora inconstitucional por conta de desídia dos poderes públicos, fazer concretizar, *in casu* ou até mesmo abstratamente, a norma regulamentadora faltante para tornar a norma constitucional efetiva? Como lidar com esta possibilidade diante da **dificuldade contramajoritária** encontrada na estrutura do Poder Judiciário?

Os limites jurídico-funcionais concernentes à interpretação constitucional pelo Estado-Juiz, estudados pela Doutrina alemã, tiveram acolhimento na doutrina brasileira e, dentre os princípios de interpretação constitucional clássicos, encontramos alguns que são usualmente utilizados, não só pela doutrina brasileira, mas também pela jurisprudência, como os da máxima efetividade, princípio integrador, concordância prática, unidade, interpretação conforme a Constituição e, principalmente, aquele que vai ser objeto mais de perto de nosso debate, o da conformidade funcional, ou da autocontenção judicial.³

Dentre os princípios de interpretação constitucional mencionados, a utilização do princípio da conformidade funcional ou da autocontenção judicial ganha relevo no presente estudo justamente por ser, talvez, a justificativa de que necessitava o Judiciário para evitar imiscuir-se em atividades típicas de outro Poder, ou mesmo frear eventual ímpeto ativista de regulamentação, em nome do legislativo, para concretizar direitos fundamentais.

Ainda que se acolha a tese da possibilidade de o Estado-Juiz adotar o ativismo, principalmente diante de injustificável omissão inconstitucional dos poderes públicos, isto se daria porque as funções estatais não funcionam a contento. Algo está fora da ordem natural das coisas para que o Judiciário chegue ao ponto de, no exercício de sua função típica, ter que substituir o legislativo, adotando a posição concretista

2 Artigo 5º, §1º, CF: as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata.

3 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp.306/308.

genérica nas declarações por omissão ou mesmo a Administração Pública com a análise das escolhas nas políticas públicas. O funcionamento das instituições, ao que parece, não vai bem.

Se é certo, também, que a Constituição da República traz em seu corpo normativo normas que não apenas descrevem obrigações negativas por parte do Poder Público, (direitos de defesa), mas também aquelas que prescrevem direitos a prestações positivas(direitos sociais prestacionais), que normalmente dependem de comportamento positivo estatal e efetiva entrega do objeto do direito para que efetivamente se tornem realidade, se o Poder Público(Executivo ou Legislativo, de acordo com a situação) não concretiza estes direitos, inviabilizando o exercício de direitos por seus destinatários últimos, caberia ao Judiciário dar ao menos o pontapé inicial, tornando-os aptos a serem exercidos e efetivados.

Não se trata, aqui, de substituição do agir dos poderes públicos, mas sim de alerta, antes de mais nada, para que o Poder Público, até então inerte, cumpra a determinação constitucional ou que pelo menos, após a medida adotada pelo Estado-Juiz, desenvolva atividade suplementar, acrescentando direitos já reconhecidos na decisão judicial, regulamentando devidamente as questões por vezes prescritas de maneira abstrata na Constituição,mas com imensa carga de cogência.

O ideal, sem dúvida, considerando não só a repartição de funções estabelecida na Constituição, mas principalmente a **aptidão para o desenvolvimento de atuações estatais afeta a cada Poder**, seria, como ocorre, aliás, normalmente, que o Judiciário apenas induzisse, no exercício de sua função típica, a adoção de medidas efetivas para a concretização de direitos fundamentais, papel a ser desenvolvido pelos poderes públicos, de acordo com a competência constitucional, ao invés de substituí-las. **Induzir** a agir é atividade bastante distinta de substituição de atuação típica.

Cuida-se aqui de tentativa do “diálogo institucional”⁴

Se a Constituição brasileira tão somente estabelecesse em seu corpo normativo direitos de defesa, que visam objetivamente, pelo menos em sua grande maioria, abstenções estatais, ainda que sob rubrica normativa distinta⁵ até poderia ser viável o acolhimento da tese de que as funções dos poderes públicos pudessem ser estanques, herméticas, e que seria inviável ao Judiciário imiscuir-se em funções distintas daquelas que lhe foram reservadas. A questão é saber, *prima facie*, como considerar dependente de regulamentação direitos fundamentais previstos na Constituição diante da norma contida no artigo 5º, §1º, considerada pela doutrina

4 Em países de tradição parlamentarista, é natural que se tenha certa resistência ao *justice review* principalmente em relação ao fato de o Judiciário “falar por último” em questões constitucionais, como ocorre, por exemplo, no Canadá e na Nova Zelândia. Aqui no Brasil, embora não se adote a resistência encontrada nos países de sistema diverso do adotado no Brasil, principalmente nesta situação específica, a alternativa do diálogo institucional pode servir como prevenção aos possíveis males do ativismo judicial. Entre nós, podemos aceitar a tese de que nos julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, o STF, concretizando ou não a norma faltante, tenta dialogar com o Poder omissor, chamando a atenção ao fato de que não houve edição de ato cuja competência constitucional está delimitada.

5 Apesar de se ter normas elencadas no artigo 7º da Constituição Federal sob a nomenclatura de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, alguns dos direitos ali enumerados são considerados tipicamente de defesa.

como verdadeiro mandamento de otimização.

Caso se considere necessária regulamentação por norma infraconstitucional para que somente após sua edição os seus destinatários pudessem exercer direitos mínimos, e é esta a visão de parte da doutrina e, por décadas, do próprio Supremo Tribunal Federal, o que se faz se esta regulamentação não é editada?

Seria lícito, então, ao Supremo Tribunal Federal ser mero expectador diante das injustificadas omissões do Poder Público, e quando chamado a agir, seja através de controle de constitucionalidade no caso concreto, via Mandado de Injunção ou mesmo em método concentrado, através dos instrumentos processuais disponíveis aos legitimados determinados na Constituição, deixar de desempenhar dignamente sua missão constitucional, omitindo-se perante a omissão, por conta de autocontenção?

2 | ALCANCE E SIGNIFICADO DA NORMA DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITOS DE DEFESA E SOCIAIS PRESTACIONAIS

Tortuosa a questão acerca da alcance da norma contida no §1º do artigo 5º da Constituição, principalmente no tocante ao seu significado. Torna-se premente, portanto, investigar o alcance desta norma principalmente por conta de seu significado. Há, portanto, um **desafio**, que é o de definir o sentido e os limites do que seja eficácia imediata.

A indagação proposta na introdução quanto a quais direitos estariam submetidos a esta norma do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição, se apenas os elencados no rol do artigo 5º ou a todos os direitos mencionados do Capítulo II da Constituição, **A questão é respondida** quase de maneira uníssona pela Doutrina que adota posição extensiva entendendo que a citada norma engloba todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, políticos e os de nacionalidade, até porque o texto constitucional é genérico.⁶⁷⁸

Se a norma do §1º do artigo 5º da Constituição é considerada verdadeiro mandamento de otimização, com força irradiante de seus efeitos sobre as demais normas definidoras de direitos, inclusive em relação àqueles que não estão expressamente dispostos no Título II da Constituição Federal, há exigência de desenvolvimento de ações concretizadoras.⁹

6 Há entendimento minoritário no sentido de que o alcance do §1º do artigo 5º da CF é restrito ao rol dos direitos elencados no próprio artigo, como parece entender Ricardo Lobo Torres e J.P.Gebran Neto.

7 TORRES, Ricardo Lobo apud SARLET, Ingo WOp.cit, p. 254.

8 GEBRAN NETO, J.P. apud SARLET, Ingo W. op. Cit.

9 O Min. Sepúlveda Pertenceno julgamento do mandado de injunção n. 438, entendeu que o direito de greve dos servidores públicos é autoaplicável, sendo desnecessária regulamentação por ato legislativo. Este não foi o entendimento que prevaleceu, mas já serve de base para o entendimento professado. As normas definidoras de direitos e garantias têm aplicação imediata.

Ao contrário do que ocorre, por exemplo, na Constituição Portuguesa, na qual há nítida divisão entre dois grupos de direitos fundamentais, sendo o primeiro deles dedicados aos direitos, liberdades e garantias, que correspondem aos direitos de defesa e, portanto, autoaplicáveis; e os segundos, direitos econômicos, sociais e culturais, despidos tanto de autoaplicabilidade quanto de proteção contra a investida do poder constituinte reformador, nossa Constituição não diferenciou os direitos de defesa dos direitos sociais e políticos, pondo-os, inclusive, **sob mesmo grau de proteção e de aplicação**.¹⁰

Podemos, então, defender a posição de que todos os direitos fundamentais, incluindo os sociais, políticos, de nacionalidade e eleitorais bem como aqueles que se espraiam pela Constituição estão sob o pálio de incidência do mandado de otimização do artigo 5º, §1º.¹¹¹²

Este entendimento tido por intermediário enfrenta divergência doutrinária tanto para se considerar como autoaplicáveis todas as normas definidoras de direitos fundamentais, inclusive as programáticas¹³, quanto para minorar os efeitos desta irradiação do mandamento de otimização.¹⁴

Saudável, até, a garantia de oportunidade para o Poder Público concretizar direitos abstratamente previstos na Constituição, demonstrando-se com isso sinal de maturidade institucional. A questão, como já mencionado, é de aptidão para o desenvolvimento de atividades estatais típicas, e a substituição destas aptidões naturais não deixa de significar patologia no funcionamento das Instituições.

É claro que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder aqueles direitos nela previstos. Os direitos são concedidos pela própria norma constitucional. Ao órgão legislativo cabe, tão somente, **realizar seu conteúdo**, regulamentando-os de maneira **eficiente**.

Faltando a esse dever, advém estado de mora inconstitucional, respeitado, por óbvio, prazo considerado razoável para o agir estatal, disfunção, como ensina Barroso, “para a qual a doutrina e o direito positivo vêm buscando soluções eficazes”.¹⁵

A questão está mais próxima da aptidão mesmo de cada Poder em produzir atividade típica em cada caso que meramente separação entre as funções estatais. Enquanto que ao legislador é dada a missão de disciplinar situações jurídicas de maneira genérica e abstrata, é à Administração Pública que vai caber efetivamente a real e concreta efetivação dos comandos constitucionais, através de (assim se espera)

10 A Constituição Federal estabelece limitações materiais ao poder de reforma, não admitindo supressão por reforma constitucional de determinadas matérias elencadas de maneira expressa, senão vejamos: “art.60 parágrafo 4º . não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado; II-o voto direito, secreto, universal e periódico; III- a separação de Poderes;IV-os direitos e garantias individuais”.

11 TORRES, Ricardo Lobo apud SARLET, Ingo W. Eficácia dos direitos fundamentais. 4ª Ed. revista e ampliada Porto Alegre:Livraria do advogado Editora, 2004 p.254.

12 GEBRAN NETO, J.P. apud SARLET, Ingo W. op. Cit.

13 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. LOCAL: EDITORA, ANO, p.322 ss.

14 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in RPPESP n. 29(1988), p. 35 ess.

15 BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.95

políticas públicas planejadas e eficientes. Trata-se da necessidade de **programação eficiente**, permitindo que os credores do dever constitucional possam até mesmo participar do processo por meio do qual o Estado-Administração vai dar cumprimento aos comandos constitucionais. Adere-se, de maneira lógica e necessária, ao conceito de políticas públicas o de **eficiência** e o **direito fundamental à boa administração**.¹⁶

A ampliação do conteúdo do dever constitucional de planejamento, aduz Vanice Regina Lírio do Valle, presta reverência à eficiência porque se eficiência expressa relação entre conduta e objetivo (e estas estão subordinadas à Constituição que impõe ao Estado diretrizes), tem-se que a enunciação integral da política pública fornecerá dados objetivos que permitirão, no exercício do controle, a aferição da eficiência.¹⁷

Não há dúvida de que dentre os direitos de defesa o estado vai se utilizar de sua estrutura já existente para abster-se, não havendo custo específico para a proteção; em contrapartida, para a concretização dos direitos prestacionais, torna-se premente a programação e desenvolvimento orçamentário, reservas e planejamento para a entrega eficaz.

Apesar, portanto, do mandado de otimização que confere aplicação imediata aos direitos fundamentais, há situações em que o agir estatal torna-se essencial à concretização da garantia prevista na Constituição que os enuncie de maneira genérica, aberta, sem delineamento mínimo para a fixação de seu objeto.¹⁸ Torna-se necessário que o poder público efetivamente concretize o direito abstratamente previsto na norma constitucional, não somente pela lei mas principalmente pela atuação administrativa, verdadeira atividade concretizadora dos direitos fundamentais.

Se por um lado à lei é conferida a missão de disciplinar situações jurídicas em abstrato, inovando a ordem jurídica através de comando cogente, por outro, aguarda-se da atuação administrativa a realização efetiva dos direitos fundamentais em concreto e agora, por imperativo constitucional, eficiente.

Resta saber se, após o Supremo Tribunal Federal ter avocado para si a função de concretizar determinados direitos fundamentais por pura desídia do Estado, se já houve suficiente **diálogo institucional** para que se tenha, enfim, mudança de comportamento não somente quanto a estes direitos aqui analisados, mas também mudança de mentalidade por parte do Estado.

A existência de normas abertas na Constituição **não necessariamente vai ensejar a adoção de ativismo judicial**. Necessário até que se conceda oportunidade aos poderes públicos competentes para adotarem medidas que entendam necessárias, vinculados que estão aos ditames constitucionais. O Judiciário, de ordinário, deve apenas dar impulso a que se tenha a devida implementação de políticas públicas

16 VALLE, V. R. L. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. Interesse Público, Vol. 48, 2008, p. 87-110.

17 citar rodapé obra citada de VALLE, V.R.L. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas.

18 Verifique-se, como exemplo, os direitos sociais elencados no artigo 6º da CF, sendo que alguns deles não mereceram qualquer outro tratamento pela norma constitucional como o direito à moradia, alimentação, trabalho, lazer, etc.

concretizadoras destas normas abertas, por vezes sem conteúdo específico, a fim de que os cidadãos credores possam usufruir dos direitos que lhes são devidos. A questão aqui é mesmo de **aptidão**.

Dentre os princípios interpretativos elencados pela doutrina, ganha relevo no presente trabalho o debate acerca do princípio da **conformidade funcional**, também denominado de auto-contenção judicial que diz respeito à conformidade de respeito irrestrito à repartição de funções estabelecidas na Constituição, reservando o campo da política ao legislador, utilizando-se da metáfora “**constituição moldura**” que estabelece limites à atividade legislativa, cabendo ao Estado-Juiz função meramente negativa, suprimindo normas do ordenamento Jurídico, porque inconstitucionais. O controle em sentido negativo, no caso, diz respeito à sindicabilidade em torno da moldura constitucional, com a verificação se o legislador respeita os limites de sua atuação, de acordo com o ditado pela Constituição.

Em outras palavras, não caberia ao Estado-Juiz sindicatar o conteúdo, a forma como o Estado-legislador preenche o interior da moldura delimitada pela Constituição, vez que este campo estaria reservado à política, atividade típica do legislativo. Aqui poderemos ter alguns problemas, principalmente quanto à efetividade dos direitos fundamentais sociais, considerados de segunda dimensão, positivos, que têm por objeto alguma prestação material estatal, porque a adoção desta doutrina pode revelar o retorno ao Estado liberal, onde se pode encontrar apenas a garantia de direitos de defesa do indivíduo contra a intromissão em sua esfera privada.

Entretanto, a Constituição brasileira, ao contrário do que se vislumbra na carta alemã, não adotou apenas os direitos fundamentais clássicos, ditos negativos, mas sim, além destes, também direitos fundamentais que impõem prestações positivas ao Poder Público, isto é, tanto ao legislador, impondo-lhe legislar quanto ao Poder Executivo, através da edição de políticas públicas.

É de Jorge Miranda a explanação correta acerca do momento em que ocorre a omissão inconstitucional quando assevera que a omissão é relevante sempre que, mandando a norma regulamentadora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade, nas condições que estabelece, o destinatário não o faça nos termos exigidos e não o faça em tempo útil.¹⁹

3 | MUDANÇA DE RUMOS: NECESSIDADE DE AVANÇAR NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. ATIVISMO JUDICIAL APESAR DA DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA.

Todas as normas definidoras dos direitos e garantias têm aplicação imediata e referem-se a todos os direitos fundamentais. Se o Supremo Tribunal Federal, adotando

19 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3. ed. 2. tir. Coimbra: Coimbra, 1996, p.507-9.

entendimento de autocontenção, após declarar a inconstitucionalidade por omissão, apenas científica o Poder Público de sua mora com a Constituição, podemos estar frente a um quadro problemático, principalmente se o Poder Público deixa de agir quando está obrigado a tanto e a mora se estende por décadas.

Com o passar dos anos e a manutenção do estado de mora inconstitucional, advindo natural renovação dos membros da Suprema Corte, a dificuldade da autocontenção cedeu, em alguns casos, ao estado de necessidade, e o curso das medidas começou a mudar.

O entendimento de que caberia ao Estado-juiz constatar a óbvia inconstitucionalidade por omissão e cientificar o Poder Público de sua mora perdurou por décadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar das críticas sociais e da própria doutrina.

Foi preciso, portanto, romper com a conformidade funcional arraigada na cultura brasileira, passando por cima, até mesmo de interesses privados, funcionando o STF com ímpeto de ativismo, sem, contudo, substituir vontade de outro Poder, mas sim fazendo valer a vontade da Constituição.

Tortuosa a questão, entretanto, acerca da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para a prática da jurisdição constitucional, considerando o fato de que seus membros não são escolhidos pelo voto popular, ao contrário do que ocorre com os membros do legislativo e os chefes de Poder Executivo. Como justificar esta função?

O Judiciário, principalmente o STF, vem avançando em terrenos antes reservados apenas ao Legislativo e ao Executivo, assumindo papel destacado na análise das questões nacionais. Segundo Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto²⁰ “o principal responsável pela nova estatura política assumida por nossa Corte Suprema é o exercício mais frequente e ativista da jurisdição constitucional”.

Como justificar a jurisdição constitucional, sob o ponto de vista da legitimidade democrática, ainda quando exercida apenas em sentido negativo, suprimindo normas inconstitucionais do ordenamento jurídico, incluindo-se neste campo as Emendas à Constituição, que dependem de *quorum* qualificado para sua aprovação²¹ e os projetos de lei de iniciativa popular²², considerando que estes atos emanam diretamente do Legislativo, em que seus membros são escolhidos por vontade popular e os juízes

20 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. Revista Quaestio Iuris, v. 06, n. 2, pp12 a 20. Rio de Janeiro, vol. 6, n. 2, jul /2012.

21 Conforme disciplina o artigo 60, parágrafo 2º da Constituição Federal, o quorum para modificação constitucional por meio de emendas à Constituição é de 3/5 dos efetivos membros de cada Casa do Congresso nacional, em dois turnos de discussão e votação em cada Casa.

22 Consoante norma expressa no artigo 14, inciso III da Constituição, um dos instrumentos de viabilização de manifestação de vontade direta do povo, titular do Poder Constituinte, é, ao lado do Plebiscito e do Referendo, a iniciativa popular que poderá ser exercida, na forma e nos casos previstos na própria Constituição, tal como preconiza o artigo 61, parágrafo 2º: “ a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados, de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído por pelo menos cinco estados, com não menos que três décimos por cento dos eleitores de cada um deles

que vão decidir sobre a constitucionalidade ou não destes atos não passam pelo crivo das eleições populares?

Com o crescente ativismo judicial no exercício do controle de constitucionalidade, a legitimidade democrática do Judiciário no Brasil ganhou maior atenção da academia. De um lado, afasta-se a existência de qualquer dificuldade majoritária do Judiciário, principalmente diante da atual crise em nossa democracia representativa; de outro lado, com a democratização da jurisdição constitucional nos últimos anos, houve maior representatividade no exercício do controle de constitucionalidade; há, ainda, a questão levantada acerca do interesse indireto do próprio legislativo em transferir para o Judiciário, principalmente para o STF, a análise de questões que dificilmente poderiam ser enfrentadas pelas casas legislativas.²³

O fato é que a população não se vê representada pelos desmandos normativos e, principalmente pelas omissões inconstitucionais. O conceito de democracia, sem dúvida, perpassa o de legitimidade majoritária, e, por vezes, o judiciário deve intervir para justamente fazer valer direitos fundamentais não concretizados por desídia e falta de vontade política.

Certo é que no Brasil, como sabemos, é inviável revisão por outro Poder das decisões do STF, mas o legislativo não se submete ao efeito vinculante das decisões em método concentrado, sendo a ele lícito, até mesmo, editar nova legislação com idêntico objeto. Daí um possível e saudável **diálogo institucional**.

4 | CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL: HOVE MATURIDADE NO DIÁLOGO INSTITUCIONAL?

Cabe-nos avaliar (e a avaliação dos resultados é elemento importante do processo de mudança e amadurecimento institucional), se a atividade jurisdicional apontada principalmente nos dois casos estudados rendeu frutos e se houve até mesmo conscientização por parte do legislativo e do Executivo na elaboração de normas genéricas, bem como edição de atos estatais, políticas públicas para a concretização plena dos direitos fundamentais.

A legitimidade do Supremo Tribunal Federal está no **amadurecimento da teoria constitucional**, vez que o Judiciário deve assegurar a observância das regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Se o Estado-Juiz é chamado a se manifestar sobre questões que deveriam ser afetas, primariamente a outros Poderes, é justamente porque estes não estão desempenhando suas funções a contento.

O ativismo, nos dois casos mencionados neste texto foi adequando e evitou que se perdurasse estado de estagnação na efetividade de direitos fundamentais tão caros

23 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio pereira de. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro v.6, n. 2jul/2012.

à população. O ativismo, como visto nos casos analisados, pode ser considerado **progressivo** justamente por fazer acontecer o exercício de direitos até então sem efetividade. O agir jurisdicional na medida e no momento certos pode ser o remédio às situações de desmandos, evitando-se a frustração constitucional.

5 | CONCLUSÃO

Não há dúvida de que o Supremo Tribunal Federal inovou em seu agir, fazendo concretizar direitos fundamentais até então não efetivados por conta de ausência de atividade do legislativo (no caso do direito de greve dos servidores públicos) e do Executivo (com relação às defensorias estaduais, sendo a matéria, como cediço, de iniciativa do Chefe do Executivo, na forma do artigo 61, parágrafo 1º da Constituição) de reprodução obrigatória nos estados e no Distrito Federal.

Historicamente, a jurisprudência de nossa Corte Constitucional adotou o princípio da conformidade funcional, baseando-se na doutrina germânica, muito por conta, também, no campo do direito posto, do princípio fundamental de separação dos poderes, um dos pilares de fundamento do sistema republicano. A questão, entretanto, diz com a aptidão mesmo de cada função a ser exercida de maneira típica, e a oportunidade que se deve oferecer ao Executivo e ao Legislativo a fazer o melhor que possível em cada caso, levando-se em conta a máxima efetividade da norma constitucional, respeitando-se a independência e harmonia entre elas. É do jogo democrático, principalmente levando-se em consideração a posição majoritária e do fato de os agentes deflagradores destas funções exercerem mandatos outorgados pelo voto popular.

O que se esperar de funções que, embora majoritárias e legítimas, deixam de agir quando se tem determinação para tanto, e não chegam sequer a produzir o mínimo de políticas públicas visando à concretização de direitos fundamentais embora jungidas a tanto, por conta da dimensão objetiva que lhes é ínsita?

Onde o diálogo institucional se , ainda que estendido o direito dos servidores públicos, o legislativo nem sequer sinaliza com o advento de legislação? Valeu a pena a inserção jurisdicional? Não há dúvida que sim, até porque um imenso salto de coragem rumo a maturidade institucional. No sítio do Supremo Tribunal Federal, como já salientado na introdução deste trabalho, chegou a ser criado ícone com listagem das oportunidades em que o Tribunal se manifestou sobre a ausência de legislação, sendo a medida verdadeira sinalização concreta aos poderes públicos para que cumpram seus papéis constitucionais. Daí a conclusão de se ter, na matéria, não tentativa de diálogo, mas sim de monólogo institucional!

Ativismo não é essencial para a concretização de direitos fundamentais. Ao revés. Em algumas situações o ativismo pode ser regressivo e ir de encontro aos ideais da própria Constituição, podendo revelar imenso perigo para o diálogo fraterno

entre as funções estatais.

Aguardemos o passar dos anos e o cumprimento da norma constitucional, e vislumbrarmos serviço público de assistência jurídica universalizado e eficiente, programado e planejado, com dotações orçamentárias suficientes à maneira do que ocorre com as demais Instituições do sistema de justiça.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades na Constituição brasileira**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. 2. tir. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio pereira de. **Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial**. Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro v. 6, n. 2. jul/2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso e Direito Constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

-----Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. **Interesse público**, Vol. 48, 2008, p. 87-110;

O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A FUNÇÃO JURISDICIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DESAFIO DO JUIZ FRENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Mozart Gomes Morais

Mestre em direitos fundamentais pelo Centro Universitário FIEO, Advogado e professor Universitário

* Trata-se de uma versão em forma de artigo científico da dissertação de mestrado apresentada para a banca examinadora em 2017 no Centro Universitário FIEO

RESUMO: O presente trabalho pretende estabelecer uma correlação lógica entre o princípio da individualização da pena, a atividade jurisdicional e a proteção dos direitos fundamentais. Para tanto, e como caminho necessário, iniciamos pelas questões relacionadas aos princípios e a sua normatividade, tudo à luz da Constituição Federal. Num segundo momento, objetiva-se a análise detalhada do princípio da individualização da pena e a sua aplicabilidade no ordenamento infraconstitucional, em especial o Código Penal, que indica nos art. 59 e seguintes as formas para individualização da pena. Chega-se, então, à atividade jurisdicional, especialmente ao juiz que aplica a pena e que se vale da linguagem como ferramenta indissociável de sua atividade interpretativa, destacando-se o paradigma kelseniano da moldura interpretativa e outras sempre com vistas à proteção dos direitos fundamentais, dando destaque às do indivíduo que integra o polo passivo da ação penal. Por fim, buscou-se um breve histórico da proteção

que os direitos humanos fundamentais nas constituições brasileiras e uma breve análise sobre o que tem decidido os tribunais sobre a temática aqui tratada com algumas críticas.

PALAVRAS-CHAVE: individualização da pena; direitos fundamentais; linguagem; Estado-juiz; interpretação; circunstâncias judiciais.

ABSTRACT: The present work intends to establish a logical correlation between the principle of individualization of the sentence, the jurisdictional activity and the protection of fundamental rights. To do so and as a necessary way, we begin by the questions related to the principles and their normativity, everything in the light of the Federal Constitution. In a second moment we pass on to the detailed analysis of the principle of the individualization of the sentence and its applicability in the infraconstitutional regulation, especially the Penal Code, which indicates in articles 59 and following the forms for individualization of the sentence. It is then possible to reach the jurisdictional activity, especially to the judge who applies the sentence and who uses language as an inseparable tool of his interpretive activity, highlighting the Kelsenian paradigm of the interpretive framework and others, always with a view to the protection of fundamental rights, especially for those individuals who integrate the passive pole of the criminal action. Finally,

was sought a brief history of the protection of fundamental human rights in Brazilian constitutions, and a brief analysis of what the courts have decided on the subject here dealt with some critics.

KEYWORDS: individualization of sentence; fundamental rights; language; legal State; interpretation; circumstance.

1 | INTRODUÇÃO

O princípio da individualização da pena trata-se de mandamento constitucional previsto no art. 5º, XLVI, *in verbis*: XLVI “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;”, tendo por escopo evitar decisões injustas e automáticas, sejam para apenar sobre o mínimo ou pelo máximo da pena legalmente cominada, assim, algo que antes era genérico e abstrato, torna-se concreto e particularizado de acordo com o caso em análise.

Segundo Nucci (2007), há quatro modos de individualizar a pena, são eles:

a) pena determinada em lei que não dá margem de escolha ao juiz; b) pena totalmente indeterminada permitindo ao juiz fixar o *quantum* que lhe aprouver; c) pena relativamente indeterminada, por vezes fixando somente no máximo, mas sem estabelecimento do mínimo, bem com prevê o mínimo e o máximo de maneira flexíveis, que se adaptam ao condenado conforme sua atuação na execução da penal; d) pena estabelecida em lei dentro de margens mínima e máxima, cabendo ao magistrado eleger o seu *quantum*. Esse último é, sem dúvida, o mais adotado e o que melhor se afeiçoa ao Estado Democrático de Direito. (NUCCI, 2007, p. 31)

No Brasil a individualização da pena desenvolve-se em três etapas distintas e igualmente importantes, conforme ensinamentos de Nucci (2007):

Primeiramente cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínimas e máximas suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. É a individualização legislativa. Dentro dessa faixa quando se der a prática da infração penal e sua apuração atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado, em todos os seus prismas e efeitos. É a individualização judiciária. Finalmente cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. (NUCCI, 2007, p. 32)

Sobre a individualização da pena, é bom frisar que esta deve ser sempre em relação ao fato imputado e tratado no processo. Agravar a pena em razão de um fato anterior estará o juiz dissociando a conduta, o ser, o indivíduo e passando a considerar o seu passado o que não coaduna com o princípio tratado. Nesse trilhar, Yarochevsky (2005), adverte:

Ao princípio da individualização da pena refere-se a individualização judicial, o que equivale dizer que ao aplicá-la deve o juiz considerar a pessoa o indivíduo concretamente. Individualizar é particularizar, distinguir, especificar, caracterizar, diferenciar. Agravando a pena, em razão de um fato (condenação anterior), não estará o juiz definitivamente comprometido com o ser, com a pessoa com o indivíduo ao qual se destina. (YAROCHEWSKY, 2005, p. 122)

Ainda sob esta ótica, Yarochevsky (2005) faz uma ressalva importante sobre a vinculação do indivíduo ao fato praticado sob pena de incorrer no antidemocrático direito penal do autor, conforme segue:

É óbvio, no entanto, que quando se adverte que o juiz precisa considerar a pessoa, o indivíduo, e que a pena deve ser aplicada levando-o em consideração não pode deixar de associar tal indivíduo ao fato, pois caso contrário resta configurado estar diante do já criticado direito penal do autor. (YAROCHEWSKY, 2005, p. 122)

O princípio da individualização parte do pressuposto de que a vagueza presente no art. 59 do código penal e das demais normas de aplicação da pena é atentatória ao princípio da legalidade uma vez que não há lei sem previsão legal e os termos ali contido, em especial no art. 59 onde é aplicada a pena base além de trazer resquícios de um direito penal do autor quando exige a análise da conduta social, antecedentes deixa um aparente arbítrio do juiz para que, possa aferir de maneira desproporcional e antidemocrática a pena base do acusado tolhendo, assim, direitos garantidos pelo próprio código penal.

De forma objetiva o princípio da individualização da pena é um instrumento que serve ao processo de aplicação do *ius puniendi* estatal, sendo que, a análise segundo os ditames da proteção dos direitos e garantias fundamentais seve tanto ao acusado como para a sociedade¹, sendo que a pena aplicada ao réu que após verificada a sua culpabilidade deve ser proporcional e adequada afim de atingir o principal objetivo da pena que é a ressocialização.

O instrumento utilizado no Brasil para realizar a individualização judiciária é o chamado sistema trifásico de aplicação da pena que consistente em aplicar a pena-base com vistas às circunstâncias judiciais. Assim feito, aplica-se as atenuantes e agravantes de pena que, de acordo com o entendimento sumulado do STJ², nesta fase, independentemente do número de atenuantes, a pena não pode ser fixada abaixo do mínimo legal, assim sendo, serão aplicadas as causas de aumento e diminuição, tornando-se estas possíveis de conduzir a pena abaixo do patamar mínimo legal.

Assim, não há como associar a agravação de pena decorrente da reincidência com o princípio da individualização da pena, pois numa análise sobre as circunstâncias agravantes, percebe-se que a única que não tem qualquer relação com o fato é a

1 Os interesses inculpidos nos brocados *in dubio pro reo* e *pro societa* eis que no regime de proteção dos direitos e garantias que o constituinte adotou em nada interessa para a sociedade um processo que visa tão somente a punição a qualquer preço, ao contrário, é de suma importância para a sociedade um processo penal democrático e com as garantias devidas.

2 Súmula 231 STJ - "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

reincidência. Sendo, portanto conflitante com o princípio do fato agravar a pena em razão de fatos já decididos e protegidos com a imutabilidade da coisa julgada.

Das diversas circunstâncias agravantes, evidentemente por seus efeitos e pela agravação obrigatória da pena, bem como, pela sua prevalência diante das demais circunstâncias agravantes e atenuantes, por tal motivo será tratada de forma específica a reincidência.

Compreende-se que a fixação da pena-base se dá, em regra, pela análise das circunstâncias judiciais traçadas pelo art. 59 do Código Penal que determina ao juiz a apreciação da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como, do comportamento da vítima.

A delimitação da moldura de aplicação da sanção penal não pode seguir fórmulas matemáticas preexistentes e parte de processos intelectuais e emocionais inerentes à atividade jurisdicional³, e, como tal, deve seguir regulamentos que atendam aos preceitos constitucionais e a proteção dos direitos fundamentais do réu, conforme vemos em Santos (2010):

A definição da pena-base, como produto de operacionalização das *circunstâncias judiciais* do art. 59, CP, começa com a fixação do *ponto de partida* do processo intelectual é definida por dois critérios: a) critério antigo fundado em lógica matemática propõe média entre o mínimo e o máximo da pena cominada; b) critério moderno, fundado em razões humanitárias, propõe a pena mínima. [...] Conclusão: o *ponto de partida* para fixação da pena-base deve ser o *mínimo legal* da pena cominada, conforme democrática prática judicial contemporânea. (SANTOS, 2010, p. 516)

Para evitar o arbítrio e as chamadas fórmulas, o legislador colocou à disposição do julgador alguns aspectos que deve ser levado em consideração ao definir a pena-base. No próximo item, será delineado os norteadores para atender ao preceito fundamental de individualização da pena.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o tema aqui tratado é amplamente discutido na doutrina brasileira sob a ótica dos elementos do conceito analítico do crime e, com tal, deve-se diferenciar esta da culpabilidade utilizada na aplicação da pena do art. 59 do Código Penal, em sentido lato, eis que no momento da aplicação da pena, pressupõe-se que a análise da culpabilidade e reprovação social da conduta já fora analisada, logo, esta não poderia reaparecer sob pena de incorrer na proibição do *bis in idem*, pois aqui exige o legislador a análise do caso concreto e o grau de reprovabilidade da conduta *in concreto*, para cumprir o mandamento constitucional de individualização da pena.

Tal análise deve ser adstrita ao fato cometido sem, de modo algum, alcançar a pessoa do réu, afinal a regra do Estado Democrático de Direito na qual vivemos desde a promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil é

³ Os métodos e processos de escolha do julgador será tratado com mais aprofundamento no capítulo dedicado à atividade jurisdicional.

o direito penal do fato e não do autor. Ao adentrar a análise da culpabilidade em aspectos pessoais, dissociados do fato, incorrerá o julgador num preconceito que não se admite no atual estágio dos direitos fundamentais.

Assim, a análise da culpabilidade, no caso concreto, deve partir do fato cometido e dele não sair e adentrar na análise pessoal, sendo assim, seguindo a regra estabelecida pelo código penal e interpretação conforme os ditames constitucionais.

Apesar da transformação da culpabilidade como qualidade do fato punível, isto é, como forma de graduar a reprovação do autor pelo cometimento do tipo de injusto, em culpabilidade como quantidade de reprovação, pressupõe as determinantes conforme os seguintes parâmetros: a) o nível de consciência do injusto numa escala graduável entre os extremos: plena conhecimento do injusto (indicando a plena reprovação) e de erro de proibição inevitável (indicando ausência de reprovação) permeando pelos níveis intermediários das gradações de evitabilidade do erro de proibição; b) grau de exigibilidade de comportamento diverso do auto do fato típico variando numa escala de graduação entre o extremo de plena normalidade das circunstâncias como máximo poder pessoal de não fazer o que faz e o extremo de anormalidade das circunstâncias do tipo de injusto (plena dirigibilidade normativa), como inexistência do poder pessoal de não fazer o que faz, expressa nas situações de exculpação legais e supralegais.

Antecedentes, como o próprio nome pressupõe, são acontecimentos anteriores ao fato que é objeto da aplicação penal relevantes para indicar de forma positiva ou negativa e, eventualmente, aumentar a pena-base.

Existem duas posições notadamente e sensivelmente distintas, são elas: a posição tradicional que considera maus antecedentes a existência de inquéritos instaurados de processos criminais em curso, de absolvições por insuficiência probatória, de extinção do processo por prescrição abstrata retroativa ou intercorrente e de condenação criminal sem trânsito em julgado ou que não seja constitutivo de reincidência. Por outro lado, a posição crítica considera maus antecedentes somente condenações definitivas que não configuram reincidência excluindo todas as outras, em clara opção democrática ao princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência.

A mera existência de um processo contra o réu trata-se de uma garantia contra o arbítrio estatal punitivo e não poderia ser considerado em desfavor deste tal fato. O fato é que a postura da maioria dos juízes que atuam na área penal optam por filiar-se a posição tradicional e acabam por agravar a pena-base apoiados nesse “histórico” sem, contudo, racionalizar seus posicionamentos com vistas aos direitos e garantias fundamentais contribuindo com o encarceramento em massa que é um dos males do sistema penal brasileiro.

Não obstante, a conduta social e sua tradicional existência para apurar a culpabilidade representam importante circunstância na quantificação da pena-base, podendo demonstrar se o indivíduo tem uma conduta socialmente aceita ou não. No entanto, a sua utilização normalmente tem servido para os propósitos de intensificação

do rigor penal mediante juízos morais desprovidos da técnica jurídica. Sobre este assunto Almeida (2002) discorre:

Indica ainda como corriqueiro o uso como parâmetros de aferição de conta social, o “entretenimento predileto” do acusado, “se frequenta clubes sociais, ou se prefere a companhia de pessoas de comportamento suspeito”, o “grau de escolaridade” ou o “interesse pelo estudo” do agente ou ainda, “o prestígio e a respeitabilidade que goza perante as pessoas”. (ALMEIDA, 2002, p. 75)

As expressões linguísticas são símbolos que representam o pensamento de uma época e, por vezes, trazem consigo toda uma carga de valores que são descoladas da sociedade que pretendemos e que elegemos no nosso pacto democrático. O juiz deve, ao analisar tais aspectos, ater-se ao que a lei determina para punir o fato típico; os aspectos morais e os valores pessoais devem ser deslocados para fora da análise penal.

No mesmo sentido, verifica-se discriminatória criminalização do ambiente familiar ou social em que o réu se insere assim como o da má educação, da introversão, da rispidez. Eventual egocentrismo e egoísmo, corriqueiramente, também é considerado um desfavor ao agente pelo fato de ter vícios em substância legais ou ilegais.

Dois indivíduos munidos de arma de fogo resolvem roubar um bando em concurso de agentes. Ambos realizaram as mesmas condutas, rendem o caixa, apontam-lhe a arma, recolhem o dinheiro, dividem-no em partes iguais e saem em fuga. Durante a instrução criminal as testemunhas afirmam que o primeiro deles é ótimo pai de família, excelente vizinho, bom empregado e que trabalha durante os finais de semana em entidades beneficentes. O outro acusado, porém tem personalidade e conduta social oposta: bate na esposa, briga constantemente com a vizinhança, chega bêbado no trabalho e há fortes comentários que trafique drogas. Não é difícil imaginar que o juiz fixará a pena do primeiro no mínimo legal e aumentará a do segundo em cerca de um ano. Ao proceder desta forma, o magistrado, na prática, estará condenando ambos pelo roubo a banco e suplementarmente estará condenando o segundo a um ano de prisão por bater na esposa, brigar constantemente com a vizinhança, chegar bêbado no trabalho e supostamente traficar drogas. (VIANNA, 2002, p. 64-66)

A precípua função da pena é a ressocialização, e para atingir tal objetivo não se pode, em sua fase inicial (aplicação da pena), dissociá-la desse aspecto, ou seja, alguns aspectos, como vícios, por exemplo, podem indicar uma vulnerabilidade social que será, sobremaneira, potencializada, negativamente, ao aumentar o rigor penal e a estigmatização própria da sanção penal, embora essa última não esteja previsto nos diplomas legais. Isso fará, somente, a pena se afaste daquilo que é o seu objetivo primário, a ressocialização.

Em linhas gerais, ainda predomina o entendimento de que as características formadores da personalidade são: a idade do réu, seu desenvolvimento físico e mental, a educação que recebeu, o meio em que foi criado e vivido, se foi ele um menor abandonado ou não, o grau de instrução ou de cultura, sua inteligência, sensibilidade, força de vontade, sensibilidade ou insensibilidade moral, o fato de sentir

ou não remorso, de mostrar ou não cinismo ou indiferença para com o julgamento moral do próximo a respeito do crime a ele imputado etc.

Em um Estado Democrático de Direito, todo e qualquer gravame penal sobre o indivíduo deve provir de um juízo de certeza irrealizável na espécie, vez que inexistem meios jurídicos para uma adequada avaliação da personalidade que seja capaz de justificar, de maneira lógica, a personalidade do agente competente de retirar eventuais arbítrios e juízos de valor que o julgador possa fazer baseado na história de vida que teve sem, contudo, ter conhecimentos técnicos para a análise. O auxílio de profissionais da psicologia é uma ferramenta que auxilia o juiz na medida dessa personalidade do agente.

É muito comum, na prática jurídica penal, deparar com expressões como “personalidade voltada para o crime”; “demonstrou falta de freio sociais”; “despreparo para com a vida honesta”; “o réu demonstrou ser frio e calculista ao negar a prática criminosa na frente de um Juiz”. Tais expressões são utilizadas para aferir negativamente a conduta social do réu e, por consequência, aumentar a pena-base.

Romper, decisivamente, com princípios basilares do direito penal dos quais ressaltamos a legalidade, individualização da pena é culpabilidade, é essencial para a moral do direito, ou seja, os julgamentos da personalidade do agente são estabelecidos de acordo com a “regra moral” íntima do julgador e não com os ditames constitucionais.

Alguns autores vanguardistas coadunam nessa ideia, como é o caso de Teles (2011):

Dispõe o art. 59 que o juiz analisará também a conduta do condenado em seu meio social: se ele está ou não adaptado em seu ambiente social, vale dizer, se ele é ou não bem aceito por seus concidadãos, seus semelhantes, seus iguais. [...] Essa é outra circunstância que nada tem a ver com o fato criminoso praticado pelo agente e que diz respeito exclusivamente a seu passado anterior ao crime e à sentença. [...] a circunstância não deve ser levada em consideração no momento da fixação da pena, pois que representaria o julgamento do homem pelo que ele é, e não do homem pelo que ele fez. (...) Aqui, outra circunstância que não tem relação direta com o fato praticado, a personalidade, característica interna do homem, é incluída entre as circunstâncias judiciais. Deve o juiz, a teor do art. 59, considerá-la no momento da fixação da pena base? (...) Ora, a personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências – Psicologia, Psiquiatria, Antropologia – e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito. Considerá-la no momento da fixação da pena é considerar o homem, enquanto ser, e não o fato por ele praticado. (...) O exame da personalidade, de outro lado, não pode ser feito a contento pelo juiz, no âmbito restrito do processo penal, sem o concurso de especialistas – psiquiatras, psicólogos, etc. O magistrado não é formado e preparado para o exame aprofundado de características psíquicas do homem, e permitir-lhe exame apenas superficial, para um desiderato tão grave – perda da liberdade -, seria de uma leviandade inaceitável num ordenamento jurídico democrático e sério. Facultar ao juiz a consideração sobre a personalidade do condenado importa em conceder ao julgador um poder quase divino, de invadir toda a alma do indivíduo, para julgá-la e aplicar-lhe a pena pelo que ela é, não pelo que ele, homem, fez. (TELLES, 2011, p. 9-11)

Nunca é demais lembrar que o juiz, ao analisar a personalidade do agente, deve estar atento ao seu papel que é a proteção dos direitos e garantias fundamentais e nesse prisma, vemos em Boschi (2002):

a personalidade, todavia, é mais complexa do que essas simples manifestações de caráter ou de temperamento, não sendo fácil determinar-lhe o conteúdo porque o trabalho exige conhecimento técnico-científico de antropologia, psicologia, medicina e psiquiatria e, de outro lado, aquele que se dispõe realizá-lo tendo a racionar com base nos próprios atributos de personalidade, que eleger, não raro como paradigma. Urge revisarmos, portanto, a idéia (sic) de que os problemas relacionados à personalidade são fontes de maior periculosidade, como delineada pelo legislador na redação original do nosso Código, nesse ponto coerente, aliás, com as disposições que ensejavam imposição cumulativa de pena e de medida de segurança. (BOSCHI, 2002, p. 203 e 209)

Quanto à personalidade do agente, conclui-se, pois, ser inaceitável como fatores determinantes para a fixação da pena-base, em virtude de sua discordância com princípios consagrados constitucionalmente e com os pilares do Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista que o Código Penal constitui uma lei infraconstitucional, suas normas devem estar em perfeito acordo com os preceitos da Carta Magna; caso isso não aconteça, deverão ser declaradas inconstitucionais e extirpadas do nosso ordenamento jurídico. Sendo assim, propõe-se a exclusão desses critérios do âmbito jurídico, evitando a devastação dos benefícios do Estado Democrático de Direito e do modelo penal garantista, que lhe é correlativo.

2 | ATIVIDADE JURISDICIONAL

No processo de aplicação da pena, inegavelmente, o juiz é um agente importante no que tange, em especial, à proteção de direitos e garantias fundamentais. É o juiz que aplica a lei, que inicialmente era geral e abstrata, e a transforma em um caso concreto e individual no momento da prática do fato típico. No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, o judiciário passou a exercer um papel de vanguarda nesse processo, deixando de apenas fazer o que se chama de subsunção da norma ao fato, que nada mais é do que enquadrar o fato cometido pelo sujeito e a figura típica prevista na lei penal. Assim, a atividade jurisdicional deve ir além disso, deve garantir ao réu a ampla defesa, o contraditório, e as proteções que estão previstas em princípios, sejam eles explícitos ou implícitos.

Garantias como o devido processo legal, o dever de fundamentação, a observância irrestrita dos direitos e garantias individuais trazem para o centro da nossa discussão o papel do juiz, em especial a análise das circunstâncias judiciais, sendo aí que reside maior grau de subjetividade, cabendo a análise do judiciário as peculiaridades que cada caso exige.

Assim, deve o magistrado, ao individualizar a pena, ter a perspectiva da proteção aos direitos fundamentais, tendo ainda a irrestrita observância das garantias, dentre as quais podemos destacar o dever de fundamentação e as garantias constitucionais da individualização da pena, sendo que esta última, deve ser realizada com parâmetros relacionados com o fato praticado, sendo que, embora seja o destinatário, o indivíduo, não deve ser julgado por sua história ou conduta de vida, e sim, de acordo com o ato cometido que seja contrário à lei.

O constituinte de 1988, ao consagrar um modelo de garantias, fez uma escolha e delimitou qual o caminho a seguir e o juiz deve sempre se ater a esse mister que é a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Vemos que Becarria (2005) defendia a impossibilidade de interpretação das leis por parte do julgador, afirmando que:

o juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor a ação conforme ou não a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro. (BECARRIA, 2005, p. 22-24)

e conclui que: “com as leis cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil pois esse conhecimento poderá fazer que se desvie do crime” (BECARRIA, 2005, p. 22-24).

Embora Beccaria represente um paradigma importante para a aplicação do direito, em especial o direito penal e na proporcionalidade da pena, não há como não criticar tal pensamento nos atuais contornos que a interpretação jurídica nos revelou, em especial, nos ensinamentos de Dworkin (2007), trazendo para a apreciação do juiz, balizas norteadoras para achar um ponto de intersecção entre a aplicação da lei, conforme cada caso, e a segurança jurídica.

O juiz não teria que procurar a única pena correta, mas eleger a pena correta dentre uma série de penas igualmente corretas. A um fato cometido por um agente não corresponderia uma determinada medida de pena, mas sim muitas medidas de pena igualmente corretas. Tudo depende de uma atuação do juiz. Se manter no marco da discricionariedade e aí se desenvolver corretamente [...]A chamada discricionariedade em grande parte não é livre. Não se renuncia, de fato, a pré-determinar vínculos normativos à atividade do juiz. [...] Não só não existe qualquer antinomia entre caráter criativo e caráter vinculativo da atividade penal judicial como, além do mais, a presença na determinação da medida da ajuda da pena de um como componente emocional e imponderável, consciente ou inconsciente, e a conseqüente impossibilidade de comprovar em termos matemáticos a opção do julgador, não impede vastos setores da doutrina de ali reconhecerem estruturalmente, aplicação do direito. (RODRIGUES, 2002, p. 82-85)

Neste capítulo passaremos a explorar a atividade jurisdicional e a individualização da pena em especial a análise do judiciário com relação as circunstâncias judiciais que o art. 59 do código penal trás para a aplicação da pena-base no sistema trifásico de aplicação da pena (explanado em capítulo próprio).

2.1 O paradigma kelseniano da moldura interpretativa

Conhecido por ser o precursor do que foi chamado de positivismo jurídico, o jurista Hans Kelsen, em sua célebre obra *Teoria pura do direito*, tentou separar a ciência jurídica de todo e qualquer interferência que não fosse jurídica, ou seja, o conteúdo moral, social, religioso, entre outros. Na citada obra, dedicou um capítulo (VIII) para a interpretação, que será explorado em seus aspectos teóricos e as suas implicações no princípio da individualização da pena.

Para Kelsen (2006), a interpretação é uma operação mental para que seja dada a um caso concreto, trazendo a norma de um patamar abstrato e geral, para análise de um caso específico, dando forma a um sentido completo:

Quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei deve responder-se a questão de saber qual conteúdo que se há de dar a norma individual de uma sentença judicial ou de um resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. (KELSEN, 2006, p. 387)

Para Kelsen (2006) existe ainda uma diferenciação necessária que é a interpretação realizada pelo órgão estatal responsável e previsto no ordenamento jurídico e a interpretação que é feita pelo destinatário da norma para que atinja o resultado.

assim ele compreende a relação de autonomia entre a decisão judicial e a norma jurídica geral a aplicar: “No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. (KELSEN apud BAPTISTA, 2002)

Baptista (2002) ainda faz referência a Kelsen sobre a operação dúplice da norma:

Nesse aspecto, Kelsen reconhece que a aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito, portanto, um ato de vontade do juiz, tal qual o ato do legislador ao instituir uma norma. Assim, a constatada descentralização e flexibilidade da função produtora do Direito no Estado contemporâneo seria de proporção inversa ao ideal de segurança jurídica. (KELSEN apud BAPTISTA, 2002)

Kelsen esclarece que o legislador pode optar por uma relativa indeterminação que pode ser voluntariamente ou involuntariamente, ou seja, à escolha do legislador, essa indeterminação pode ocorrer, porque no momento não era conveniente ou necessário ou ainda, como alguns doutrinadores chamam, de “silêncio eloquente”, ou seja, deliberadamente decidiu-se pela indeterminação com o claro objetivo de deixar

para o julgador do caso concreto uma moldura legislativa capaz de aplicar de maneira individualizada dentro das “balizas” legislativas.

O paradigma Kelseniano é a norma fundamental, logo, todo e qualquer instrumento interpretativo deve estar em conformidade e previsto nele, sendo assim, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 prevê o norteador para que aplicação da pena seja o princípio da individualização da pena, sendo assim, o grau de interpretação e de valoração se mostram amplo.

2.2 O uso da linguagem como interpretação

Durante o processo de evolução das espécies, um fator essencial diferenciou o ser humano de todas as outras: a comunicação por intermédio de palavras. Somente ele é capaz de utilizar a palavra como meio de expressão e comunicação. É por meio da manifestação do pensamento e do raciocínio que se torna possível a elaboração de uma forma socializada de designação dos objetos e das ideias expressas por intermédio dos signos (símbolos e significados).

O uso da palavra pelos seres humanos fez com que estes abandonassem a convivência instintiva assentada na ideia de sobrevivência e, impulsionou, a necessidade da perpetuidade da espécie para que, assim, fosse constituída uma sociedade humana organizada, de caráter nitidamente finalístico, visando à realização de projetos, objetivos e ideias comuns.

Parte essencial da atividade jurisdicional é o uso da linguagem como forma de deixar a individualização da norma, que no momento da sua criação era abstrata e geral, para um caso concreto e individualizado. A interpretação faz com que o caminho a ser percorrido seja claro, ao ponto que surta os seus efeitos desejados e, de forma, delimita os efeitos, garantindo ao seu destinatário imediato (o réu), a proteção dos direitos fundamentais.

A interpretação perpassa por alguns caminhos e, inegavelmente, começa tal processo pelo texto, neste sentido:

Toda interpretação do direito legislado principia com um texto, isto é, uma forma lingüística (sic) escrita. Se as linhas e pontos pretos que constituem o aspecto físico do texto da lei são capazes de influenciar o juiz, assim é porque possuem um significado que nada tem a ver com a substância física real. (ROSS, 2000, p. 139)

No entanto, o texto, considerado um aglomerado lógico de palavras, sendo que estas assumem sentidos diversos, a cada um que se debruça para analisar o seu conteúdo, Ross (2000), indica que o caminho a percorrer, no campo da interpretação, é longo e as referências que cada palavra possui podem nos levar às incertezas.

A maioria das palavras não têm um campo de referência único, mas sim dois ou mais, cada um deles construído sob a forma de um zona central à qual se acrescenta um círculo de incerteza. Tais palavras são chamadas de ambíguas. (ROSS, 2000, p. 143)

Na perspectiva dos símbolos linguísticos como representativos de determinadas figuras, a clareza deve ser um caminho para a proteção dos direitos fundamentais, em especial, os relacionados com a aplicação de sanção penal. O resultado final desta equação linguística carregada de simbologia é o cerceamento da liberdade individual, seja a aplicação de sanção corpórea (prisão), seja restringindo direitos, ou ainda, imposições de sanções de cunho econômico.

3 | PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proteção aos direitos humanos no Brasil está vinculada, diretamente, à história das Constituições brasileiras, marcada por muitas mudanças que, ao longo do tempo, foram consideradas avanços e retrocessos por diversas linhas e sistemas políticos, mas que contribuíram, de maneira efetiva, para a discussão, o desenvolvimento e implantação dos direitos e garantias fundamentais

A primeira Constituição do Brasil, a Constituição Imperial de 1824, proclamou os direitos fundamentais nos 35 incisos de seu art. 179. Embora outorgada, mostrou-se uma Constituição liberal, elencando direitos semelhantes aos encontrados nos textos constitucionais dos Estados Unidos e da França, pregando a inviolabilidade dos direitos civis e políticos. No entanto, a criação de um poder Moderador dava amplos e irrestritos poderes ao Imperador de forma a interferir nos demais poderes.

A Constituição Republicana de 1891 manteve, em seu art. 72, composto de 31 parágrafos, os direitos fundamentais especificados na Constituição de 1824. Além disso, no rol de direitos e garantias fundamentais, previu-se o instituto do *habeas corpus*, anteriormente garantido tão somente no que concerne a legislação ordinária, e com a rígida separação entre o Estado e a Igreja, consentindo a liberdade de culto para todas as pessoas.

Observa-se, também, que houve uma ampliação na titularidade dos direitos fundamentais, pois eles passaram a ser garantidos “a brasileiros e estrangeiros residentes no país” (art. 72, *caput*), enquanto a Constituição de 1824 os reconhecia somente aos “cidadãos brasileiros” (art. 179).

Uma lista de direitos fundamentais, semelhante àquela especificada na Constituição de 1891, pode ser encontrada na Constituição de 1934, tendo como importante inovação a ruptura da concepção liberal do Estado. Nos textos constitucionais foram positivados elementos sócio ideológicos, típicos da segunda dimensão. Foram estatuídas normas de proteção ao trabalhador, tais como a proibição de diferença de salário em razão de sexo, idade, nacionalidade ou estado civil, proibição de trabalho para menores de 14 anos de idade, repouso semanal remunerado, limitação da jornada a 8 horas diárias, estipulação de um salário mínimo, entre outras, e também foram criados os institutos do mandado de segurança e da ação popular (art. 113, incs. 33 e 38).

A Constituição de 1937, inspirada na Carta ditatorial polonesa de 1935, instaurando o Estado Novo, reduziu os direitos e garantias individuais, empreendendo a desconstitucionalização do mandado de segurança e da ação popular, os quais foram restaurados e ampliados com a Constituição de 1946, bem como os direitos sociais.

Em seguida, a Constituição de 1946 foi derrubada pela ditadura e a próxima Carta, a de 1967, trouxe inúmeros retrocessos, no que se refere aos direitos fundamentais, suprimindo a liberdade de publicação, tornando restrito o direito de reunião, estabelecendo foro militar para os civis, mantendo todas as punições e arbitrariedades decretadas pelos Atos Institucionais, entre outros..

No âmbito dos direitos sociais, o constituinte de 1967 continuou retrocedendo: reduziu a idade mínima de permissão para o trabalho para 12 anos, restringiu o direito de greve, acabou com a proibição de diferenciação de salários por motivos de idade e de nacionalidade, recompensando o trabalhador com ínfimas vantagens, como por exemplo, o salário-família.

A partir de 17 de outubro de 1969, a Constituição brasileira de 1967 sofreu significativa e substancial reforma, através de emendas aditivas, modificativas e supressivas. Contudo, doutrinadores sustentam que, a rigor, vigorou apenas até 13 de dezembro de 1968, quando foi baixado o Ato Institucional nº 5, o qual repetiu todos os poderes discricionários conferidos ao presidente pelo AI-2 e ainda ampliou a margem de arbítrio, dando ao governo a prerrogativa de confiscar bens e suspender a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

O AI-5, então, não se coaduna com a doutrina dos direitos humanos, tampouco a Emenda de 1969, que incorporou em seu texto as medidas autoritárias dos Atos Institucionais.

Os direitos fundamentais têm como fundamento a própria existência do ser humano em suas diversas concepções, são elas: a religiosa, segundo essa linha de pensamento o homem tem direitos por serem atribuídos por Deus; a filosófica que atribuem tais direitos por ter o homem racionalidade suficiente para tanto; a visão naturalística que ajuíza os direitos fundamentais como fruto da natureza do ser humano, ou seja, nasce junto com o ser humano.

O Brasil adotou a supremacia dos direitos fundamentais e num escalonamento os inseriu no maior patamar possível que são as normas constitucionais.

Dentro desse sistema escalonado em forma de pirâmide, a Constituição ocupa o patamar mais alto. Ela está no topo do ordenamento jurídico, de modo que qualquer norma para ser válida deve ser compatível com a Constituição. O mesmo se pode dizer dos direitos fundamentais, já que também possuem a natureza de norma constitucional. Eles correspondem aos valores mais básicos e mais importantes, escolhidos pelo povo (poder constituinte), que seriam dignos de uma proteção normativa privilegiada. Eles são (perdoem a tautologia) fundamentais porque são tão necessários para a garantia da dignidade dos seres humanos que são inegociáveis

no jogo político. Daí por que essa concepção pressupõe um constitucionalismo rígido, no qual a Constituição goza de uma supremacia formal sobre as demais normas jurídicas e, por isso, os mecanismos de mudança do texto constitucional impõem um processo legislativo mais complicado em relação às demais leis. (MARMELSTEIN, 2016, p. 257):

Sendo uma condição de validade e eficácia, toda e qualquer norma deve passar pelo “crivo” constitucional, ou seja, toda e qualquer norma que pretende produzir seus efeitos deve se voltar para a Constituição para que seja verificada a sua compatibilidade.

Como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais recebem maior importância tanto no campo da legislação como nas relações entre os cidadãos, bem como na realização de políticas públicas.

Os direitos fundamentais podem ser expressos ou, ainda, implícitos, conforme se observa no parágrafo 2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Neste, demonstra-se a importância que o constituinte originário dispensa para o tema.

Os direitos fundamentais, segundo a tradicional classificação de Norberto Bobbio, são divididos em 3 gerações, sendo estas, em síntese: de primeira geração, constituindo-se dos direitos negativos (não agir), na qual se destaca os direitos às liberdades, tais como religiosa, de ir e vir, de pensamento e direitos individuais; de segunda geração, na qual se impõem os direitos sociais, cuja observância necessita de uma ação efetiva estatal, tais como, direitos sociais, econômicos, culturais e direitos coletivos, basicamente; e, de terceira geração, em que os os direitos fundamentais atingem a coletividade, sendo que o caso mais expressivo é o meio ambiente.

Sarlet (2007) faz a seguinte observação sobre a Constituição de 1988:

A marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que dá conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc. Saliente-se, ainda no que diz com este aspecto, a circunstância de que o Constituinte – a exemplo do que ocorreu com a Constituição Portuguesa – não aderiu nem se restringiu a apenas uma teoria sobre direitos fundamentais, o que teve profundos reflexos na formação do catálogo constitucional destes. (SARLET, 2007, p. 77)

Esse pluralismo que o autor salienta é necessário para consolidar também o que a própria característica da sociedade brasileira:

A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência. Apenas para exemplificar, o art. 5º possui 78 incisos, sendo que o art. 7º consagra, em seus 34 incisos, um

amplo rol de direitos sociais dos trabalhadores. (...) Neste contexto, cumpre salientar que o catálogo dos direitos fundamentais (Título II da CF) contempla direitos fundamentais das diversas dimensões, demonstrando, além disso, estar em sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem assim com os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos, o que também deflui do conteúdo das disposições integrantes do Título I (dos Princípios Fundamentais). (SARLET, 2007, p. 77)

Uma das normas mais importantes da Constituição de 1988, dentro da temática dos direitos fundamentais, é a que implantou o sistema das cláusulas pétreas, fixadas no art. 60, § 4º, da Lei Maior. Impõe-se uma restrição material ao Poder Constituinte Reformador, como uma manifestação, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, da chamada “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais, pois não se permitem alterações na Constituição que desvirtuem o conteúdo desses direitos.

A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração. (SARLET, 2007, p. 417)

A constituição de um país não pode ser um documento morto para rememorar algum momento de nossa história, ao contrário, deve consonância com o anseio popular, como observa Sarlet (2007):

Com efeito, se a imutabilidade da Constituição acarreta o risco de uma ruptura da ordem constitucional, em virtude do inevitável aprofundamento do descompasso em relação à realidade social, econômica, política e cultural, a garantia de certos conteúdos essenciais protege a Constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias (mesmo qualificadas) parlamentares. Os limites à reforma constitucional, de modo especial, os de cunho material, traçam, neste sentido, a distinção entre o desenvolvimento constitucional e a ruptura da ordem constitucional por métodos ilegais (neste caso, inconstitucionais), não tendo, porém, o condão de impedir (mas evitar) a frustração da vontade da Constituição, nem o de proibir o recurso à revolução, podendo, em todo caso, retirar a esta máscara da legalidade. (SARLET, 2007, p. 417)

No atinente às garantias fundamentais, Bulos (2003) apresenta a seguinte classificação:

1ª) garantias fundamentais gerais: vêm convertidas naquelas normas constitucionais que proíbem os abusos de poder e todas as espécies de violação aos direitos que elas asseguram e procuram tornar efetivos. Consignam técnicas de limitação das arbitrariedades do Poder Público, contra toda e qualquer forma de discriminação à pessoa humana. Esboçam-se através de princípios insculpidos pelo constituinte, e.g., princípio da legalidade (art. 5º, II), princípio da liberdade (art. 5º, IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII etc.), princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), princípio do juiz e do promotor natural (art. XXXVII e LIII), princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), princípio do contraditório (art. 5º, LV), princípio da publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LX e 93, IX) etc.

2ª) garantias fundamentais específicas – são as garantias propriamente ditas, porquanto são estas que instrumentalizam, verdadeiramente, os direitos, fazendo valer o conteúdo e a materialidade das garantias fundamentais gerais. Através das garantias fundamentais específicas os titulares dos direitos encontram a forma, o procedimento, a técnica, o meio de exigir a proteção, incondicional, de suas prerrogativas. Veja-se o exemplo do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do *habeas data*, da ação popular, da ação civil pública – lídimos instrumentos de tutela constitucional, concedidos pela constituição aos particulares e, em alguns casos, a uma pluralidade de indivíduos, a fim de terem, ao seu dispor, institutos de natureza processual. Estes, vertidos em normas constitucionais, encarregam-se de manter o respeito e a exigibilidade dos direitos fundamentais do homem. Numa palavra logram o caráter instrumental, propiciando a obtenção de vantagens e benefícios que defluem dos direitos que visam tutelar. (BULOS, 2003, p. 837)

Assim, se torna claro que o constituinte absorveu um sistema cuja rigidez material ou procedimental possibilitou que os direitos e garantias individuais se transformassem em um legado à sociedade que pensou a constituição federal em 1988, muito embora, tal característica não impeça que, eventualmente, se modifique, sem que, contudo, permita o retrocesso institucional, seja este no plano horizontal, seja no plano vertical⁴. Essa vedação de retrocesso se dá exatamente pela dinâmica social que a constituição de um povo deve refletir de maneira simples e objetiva, afinal não tem porque a existência de um documento apenas para olhar para o passado e ter orgulho.

Por fim, entende-se, como sistema de proteção dos direitos fundamentais, todo o aglomerado de codificações que protegem e dão vazão ao conteúdo da Constituição Federal. No Brasil, no campo legislativo, há enormes dispositivos que garantem a eficácia e protegem, de tal maneira, os direitos fundamentais, que se faz necessário buscar políticas públicas que garantam sua efetiva proteção.

4 | CONCLUSÃO

O princípio da individualização da pena é desenvolvido em três estágios: *individualização legislativa*, estágio que o legislador determina diante de parâmetros constitucionais o patamar mínimo e máximo de pena para condutas abstratas e gerais atendendo ao mandamento constitucional da anterioridade da lei; *individualização judicial cognitiva* que ao fato que outrora era geral e abstrato, passa pelo crivo de um devido processo legal e torna-se concreto e pessoal; *individualização judicial e executória* no qual o cumprimento da pena se exige e se mostra, com maior vigor, a individualização evitando, entre outras, o desnecessário encarceramento em massa.

No Brasil, o sistema de individualização judicial cognitiva é dividida em determinação qualitativa (espécie de pena) e determinação quantitativa (quantidade de pena) e a determinação da intensidade da pena (regime inicial de cumprimento da

4 A eficácia horizontal refere-se aos direitos fundamentais na relação entre os sujeitos, ao passo que a eficácia vertical refere-se às relações dos indivíduos com o Estado.

reprimenda corporal).

O presente trabalho ocupou-se da individualização judicial cognitiva, em especial, a determinação do desafio do julgador na proteção dos direitos fundamentais frente às circunstâncias judiciais; momento em que a liberdade do julgador se mostra bastante presente, ou seja, momento em que a atividade jurisdicional encontra maior amplitude de discricionariedade. No entanto, com o desenvolvimento da pesquisa notou-se que tal carga de discricionariedade é mitigada com alguns fatores.

Do art. 59 do código penal, extrai-se os seguintes critérios: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como, o comportamento da vítima. Isso se dá em uma tentativa do legislador de evitar o arbítrio e deixar a cargo do julgador, e sua discricionariedade, tal fase que se mostra importante dentro de um processo que por si é estigmatizante, por tal motivo é considerado a *ultima ratio*.

No entanto, verificou-se que tais critérios devem ocorrer a todo momento da individualização (legislativa, judicial cognitiva e judicial executória), com ênfase na determinação das circunstâncias judiciais que são confrontada com os ditames constitucionais, em especial, os princípios de índole constitucional, dentre os quais destacamos os princípio da humanidade das penas, princípio da individualização da pena, princípio do fato, princípio da legalidade.

Sendo assim, os determinantes estatuídos no art. 59 do código penal remete-se à pessoa, e não ao fato, devendo assim, ser desconsiderados sob pena de um retrocesso que a Constituição Federal não admite (princípio da vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais). Ainda, se não atender ao princípio da legalidade deve ser desconsiderado, caso em que o julgador, ao sopesar critérios de escolha de vida, acaba por penalizar a conduta que o legislador não prevê, ferindo frontalmente o princípio em comento (legalidade).

O princípio da humanidade deve estar sempre presente visando ser aplicado apenas em caso de necessidade, bem como, a determinação qualitativa (pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou ainda de multa), quantitativa (*quantum* de pena) e a intensidade (no caso de pena privativa de liberdade a determinação do regime inicial de cumprimento). Os antecedentes demonstram um critério que confronta diametralmente em descompasso com os princípios do fato. A vedação do *bis in idem* faz com que os fatos que já tiveram sua resposta penal sejam novamente considerados para aumentar a pena-base, ou ainda, determinar regime de cumprimento mais severo.

A caracterização da tipicidade aberta das circunstâncias objetivas (circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima) e subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos) expostas no art. 59, caput, Código Penal, é em decorrência de não estarem previamente conceituadas legislativamente e, sobretudo, pelo fato de, diferentemente das circunstâncias previstas na segunda e terceira fase, não estarem previamente definidas em Lei

como critérios de aumento ou de diminuição da pena. Fica, pois, ao critério do juiz, se aquela circunstância objetiva ou subjetiva, no caso concreto, será utilizada para variar a sanção para o mínimo, termo médio ou máximo. Por este motivo são chamadas circunstâncias judiciais.

Em consonância ao princípio da personalidade da pena (art. 5.º, XLVI, da CF/1988), o princípio da individualização da pena, refere-se, portanto, ao direito que tem o condenado de cumpri-la de acordo com as suas possibilidades e características pessoais, respeitando-se a sua personalidade e o seu desenvolvimento, sempre com relação ao fato praticado, e jamais, ao seu estilo de vida ou seu passado, sob pena de retroceder ao direito penal do autor.

É necessário a intensa conscientização, principalmente por parte dos juristas, de que o Brasil optou pelo Estado Democrático de Direito (art. 1.º da CF/ 1988) e tem como fundamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana. A evolução humanista da sociedade impede que a pena não tenha uma função social, ou seja, que tenha o intuito de reabilitar o indivíduo que transgrediu a norma penal, através da progressividade do cumprimento da pena.

Assim, para chegar a esse mister, o julgador usa da moldura legislativa e a linguagem para que a interpretação seja conforme o mandamento constitucional da motivação (art. 93, IX CF) e os símbolos linguísticos exprimam, não apenas a mera significação, e sim, uma carga de valores a ser considerado para aumentar ou diminuir a determinação da pena-base (fator preponderante para as circunstâncias judiciais). Tal exercício se mostra capaz de trazer ao cidadão, integrante do polo passivo de uma ação penal, o verdadeiro significado de quê, aplicando assim, a função social do direito de pacificação.

Com este panorama, chega-se ao ponto crucial da pesquisa que é a proteção dos direitos fundamentais, em especial, o direito fundamental de individualização da pena, entendendo que esta é resultado das intersecções entre os parâmetros da caracterização da tipicidade aberta das circunstâncias objetivas (circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima) e subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos), expostas no art. 59, caput, Código Penal, e o primado da ressocialização e os limitadores dos princípios penais relativos à aplicação da pena (humanidade das penas, proibição do *bis in idem*, princípio da legalidade), sendo que o resultado será uma pena que garanta ao cidadão total proteção aos seus direitos e garantias individuais.

O fato de majorar penas, quando da prática de um crime, em razão da análise da conduta social e da personalidade do agente, apresenta uma incompatibilidade com fundamentos do Estado Democrático de Direito, bem como um avanço numa matéria na qual o juiz não apresenta tal competência que é a análise da personalidade do agente. Quando persistir nessa análise, o juiz deveria apoiar-se em pareceres técnico de profissionais habilitados para tal missão: o psiquiatra ou psicólogo.

Aumentar a pena tendo por base a conduta social do acusado pressupõe a

análise de condutas que não foram previamente tipificadas pela lei, ofendendo claramente, entre outros, o princípio constitucional da legalidade, na qual preceitua que nenhuma pessoa será obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja prevista em lei. Assim, qualquer majoração de pena, tendo esse critério como embasamento, equipara-se a uma imposição de pena sem anterior cominação legal, correspondendo, ainda, a uma condenação sumária e inquisitorial por fatos muitas vezes atípicos.

O que ocorre comumente, todavia, é a majoração da pena baseada em condutas vistas pelo juiz como antissociais, embora sejam atípicas para o nosso ordenamento jurídico, configurando evidente ultraje a diversos princípios inseridos em nossa Carta Magna. Também se mostra possível, a majoração da pena por meio do exame da personalidade do agente, o que implica uma apreciação e uma valoração não de sua conduta criminosa, mas sim de sua individualidade. Isto representa uma eventual periculosidade social, lançando uma pena mais grave àquela pessoa que possui uma personalidade reprovada pela coletividade, mesmo que não venha a lesar bem jurídico alheio, mas que afronte apenas a moral socialmente imposta.

Desse modo, percebemos que há critérios usados pelo julgador, quando da fixação da pena-base, que excedem os limites da reprovação da ação em si mesma, criminalizando condutas e aspectos pessoais do réu, em virtude de não se coadunarem com o que as classes sociais dominantes ditaram como corretas. Esta ação, apesar de não lesarem bem jurídico alheio, podendo somente ser objeto de apreciação moral, denota uma cristalina ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, da culpabilidade, da presunção de inocência, da lesividade e da amoralidade, derivando em injuriar o direito penal do ato e em fragilizar a tão cobiçada segurança jurídica.

Ademais, uma subjetivação ética e voluntarista do sistema penal, tendo em vista que a maldade subjetiva do acusado somente é percebível através de uma percepção particular do magistrado, evidenciando uma grave afronta às garantias individuais do cidadão, as quais prescrevem que ninguém será penalizado pelo que é, mas pelos atos que comete. Contudo, segundo os preceitos do direito penal vigente, o Estado deve se mostrar respeitoso quanto à autonomia do cidadão, não o constrangendo a seguir condutas e pensamentos socialmente cominados como aceitáveis. Em outras palavras, deve-se conservar a liberdade individual de pensamento, crença, expressão, opinião e de modo de vida, desde que estes não lesem bens alheios juridicamente protegidos.

Visualizamos nitidamente, apesar de termos abraçado o direito penal do fato (aquele que inflige a pena em virtude da conduta praticada), os resquícios da influência do direito penal do autor em nosso Código Penal. Entretanto, as exigências de certeza e segurança jurídicas, próprias de um Estado Democrático de Direito, são inconciliáveis com o direito penal do autor, peculiar a um Estado totalitário e antigarantista.

Imperioso se mostra reconhecer a incompatibilidade das circunstâncias judiciais

de personalidade do agente e sua conduta social para fixação da pena-base, já que afronta diretamente princípios consagrados na Constituição Cidadã, além de nos reportar ao direito penal do autor e ao positivismo, em uma clara ofensa aos pilares norteadores do direito penal e essenciais a um Estado Democrático de Direito.

A importância do tema e da propositura inicial desta pesquisa, a proteção dos direitos fundamentais, é um desafio diário para os juízes, em especial, aqueles que primeiro têm contato com a causa, pois são os que estão de frente com o réu e possuem a possibilidade de trazer ao processo um viés humanista que é uma exigência do nosso ordenamento jurídico. Essa análise se mostra, um verdadeiro desafio, ao romper com os predicados de um código penal que não comporta mais espaço em nosso cotidiano, e garantir todo um sistema de proteção, com relação à aplicação da pena-base, que a Constituição elencou como prevalência dos direitos humanos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal: doutrina jurisprudência e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ÁQUINO, Felipe Reinaldo Queiróz. **Para entender a inquisição**. 1.ed. Lorena: Cléofas, 2009.
- BANDEIRA, Celso de Mello. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BANDEIRA DE MELO, Lydio Machado. **Manual de direito penal**. Belo Horizonte: Lemi, 1954.
- BAPTISTA, Fernando Pavan. **O juiz-legislador**. São Paulo: Prisma Jurídico, 2002, v. 1, pp. 27-52.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare Bonesana - Marcesini di. **Dos delitos e das penas**. 2.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Giudici e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. Parte Geral. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. Parte Geral. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. **Falência da pena de prisão causas e alternativas**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direito natural: sentido natural versus cultural. **Revista de Informação Legislativa**, v. 38, n. 152, p. 183-189, out./dez. 2001. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/731>. Acesso em 15 nov. 2016.

_____. Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.). **Direitos humanos fundamentais**: positivação e concretização. Osasco: Edifício, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2.ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm, acesso em 05 de agosto de 2017.

BRASIL. Decreto Lei n.2848 de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Brasília, DF: disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848consolidado.htm, acesso em 05 de agosto de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Sistema de penas dogmática jurídico-pena e política criminal**. São Paulo: Editora Cultural Paulista, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **O princípio da segurança jurídica em matéria tributária**. São Paulo: Revista de Direito Tributário, 1992, v. 61.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. **Individualización judicial de la pena**. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal. Madrid: Colex, 1997.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva. 2006.

DELMANTO, Celso. et al. **Código penal comentado**. 7.ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Renovar, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. ed. REVISTA DOS TRIBUNAIS. 2.ed São Paulo, 1999.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho**. Revista InDret, Barcelona, v. 1, n. 403, 2007. Disponível em: www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf. Acesso em: 15.11.2016.

FERRAJOLI. Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio – Século XXI - 2ª impressão**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1639.

FOUCAULT, Michael. **História da loucura na época clássica**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **O nascimento da biopolítica**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 20.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. Parte Geral. v. 1. 21.ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte Geral. Arts. 1º a 120 do CP, vol. 1, 6.ed.. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. Introdução e Parte Geral. v. 1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de direito penal: parte geral**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

_____. **Código penal comentado**. Versão Compacta. São Paulo: RT, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal brasileiro: Volume I – Parte Geral**. 15.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22.ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ROCHA, Synésio. **Da reincidência**: Saraiva, 1938. (Tese apresentada à congregação da Faculdade de Direito de São Paulo, em concurso para a cátedra de Direito Penal).

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Trad. y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 4 ed. rev., apl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, JesusMaria. **La teoría de la determinación de la pena como sistema** (dogmático): un primer esbozo. Barcelona: InDret, v. 2, abr. 2007. Disponível em: <www.indret.com/pdf/426_es.pdf>. Acesso em: 15.11.2016.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

TELES, Ney Moura. **Direito penal I**. Parte geral. Arts. 1º ao 120. Disponível em: <https://itunes.apple.com/br/book/c%C3%B3digo-penal/id918600291?mt=11&ign-mpt=uo%3D4>. Acesso em: 28 Set 2017.

VIANNA, Túlio Lima. **Roteiro didático de fixação de penas**. Brasília: Justilex, n. 11, a l., nov. 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2006

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 2.ed. São Paulo: RT, 1999.

CLAMOR POPULAR POR PENA DE MORTE E PENAS DESUMANAS COMO UM OBSTÁCULO À PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Edilson de Souza da Silva Junior

Faculdade Independente do Nordeste, Faculdade de Direito

Vitória da Conquista - Bahia

Luciano de Oliveira Souza Tourinho

Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Faculdade de Direito

Vitória da Conquista – Bahia

RESUMO: Os partícipes da sociedade contemporânea a qual estamos inseridos, sob o pretexto de garantir a sua segurança, por incontáveis vezes deixaram de aplicar o preceito constitucional responsável por impedir que o Estado Democrático de Direito retorne aos primórdios da civilização humana, onde não existiam regras para punir aqueles que infringissem determinada norma, sendo ele o princípio da dignidade da pessoa humana. Evidencia-se que esse artigo tem como objetivo levá-los à uma reflexão, não só dogmática como também social, a respeito da situação atual do sistema penal brasileiro e a sua aplicação. Tentaremos expor os motivos que geram clamores populares como este, e, na tentativa de propor uma análise e discussão para a mudança na aplicação do Direito Penal, serão destacadas perguntas com intuito de levá-los a uma diferente perspectiva da que lhes são apresentadas diariamente na mídia.

A presente pesquisa possui uma natureza bibliográfica, em virtude da necessidade de fundamentação teórica acerca dos institutos penais e das finalidades das penas, bem como documental, em razão da análise imperiosa de notícias e outros documentos. A partir de uma perspectiva exploratória, a abordagem será de natureza crítico-reflexiva.

PALAVRAS-CHAVE: Vingança privada; discurso do ódio; mídia.

POPULAR CLAIM FOR DEATH PENALTY AND INHUMAN PENALTIES AS AN OBSTACLE TO THE PROMOTION OF HUMAN RIGHTS AND EFFECTIVENESS OF THE HUMAN DIGNITY PRINCIPLE

ABSTRACT: The participants of the contemporary society to which we are inserted, under the pretext of guaranteeing its security, have countless times failed to apply the constitutional precept responsible for preventing the Democratic State of Law from returning to the beginnings of human civilization, where there were no rules to punish those that violated a certain norm, this being the principle of the dignity of the human person. It is evident that this article aims to lead you to a reflection, not only dogmatic but also social, about the current situation of the Brazilian criminal system and its application. We will try to explain the reasons that generate popular claims like this, and in

an attempt to propose an analysis and discussion for the change in the application of Criminal Law, questions will be highlighted in order to take you to a different perspective from what are presented to you daily by the media. The present research has a bibliographic nature, due to the necessity of theoretical foundation about the penal institutes and the purposes of the sentences, as well as documentary, due to the imperious analysis of news and other documents. From an exploratory perspective, the approach will be critical-reflexive in nature.

KEYWORDS: Private vengeance; hatred speech; media.

1 | INTRODUÇÃO

Vivemos em um século no qual é perceptível o quão intenso está sendo o avanço no ramo da informação e da tecnologia. Porém, ainda há uma lacuna na área da segurança em nosso País. Policiais não são equipados de acordo à necessidade do seu trabalho, com material adequado, além do treinamento inadequado, para uma contextualização de violência, e a remuneração insuficiente. Com isso, a resposta que eles precisam oferecer para a sociedade fica aquém daquilo que realmente deveria ser, contribuindo para que a violência se estenda sobre a comunidade, e gerando assim um sentimento de insegurança que, instintivamente, leva o ser humano à procura de uma resposta imediata para as suas necessidades. Nesse intuito, analisaremos, como pressuposto teórico, sobre o que é classificado por Thomas Hobbes (1651) como o “estado de natureza”, pelo qual o homem, por meio da imposição da força, utiliza-se de todos os meios necessários em prol da resolução do problema. Compartilhando desse pensamento, a mídia sensacionalista tem induzido o telespectador a exercer o que Hobbes dizia, levando-os a extrapolar os limites da convivência em sociedade com pedidos de penas mais rígidas e com o emprego de violência.

O que fomentou a realização desta pesquisa foi a necessidade de questionar a eficácia dos métodos punitivos usados em prol de estabelecer a “justiça”. Meios esses que perduram desde as eras mais primitivas até atualmente. Com isso, gera-se a problemática que procura esclarecer aos indivíduos da sociedade, qual o limite estabelecido entre a verdadeira justiça, no qual o infrator deverá responder judicialmente pelos seus atos e ter uma nova chance de reinserção à comunidade, ou um artifício usado por aqueles que detêm o poder para praticar atos de vingança. Essa temática apresenta grande relevância não somente no meio acadêmico, mas também no meio social no qual estamos inseridos pois, por meio deste estudo, podemos definir ou até mesmo redefinir o nosso conceito do que realmente venha a ser justiça, para que assim possamos exercer o real sentido desta palavra que oriunda do latim “*justus*”, que tem por significação aquilo que é correto.

Como objetivo, tem-se a pretensão de examinar a atual aplicação das leis penais e discutir a sua eficácia em estabelecer a verdadeira justiça, a fim de constatar se a resposta jurídico-penal se mostra eficaz para prevenção do delito.

Tentaremos esclarecer questionamentos que hoje são evidenciados na sociedade como, por exemplo, relacionados ao endurecimento dos métodos punitivos serem ou não um dos meios na tentativa de sanar a problemática atual na segurança do nosso País. Ademais, busca-se enfatizar a importância da educação como um meio de instrução do jovem e prevenção no que se diz respeito ao ingresso à vida do crime, com a oferta ao cidadão de meios lícitos para alcançar a estabilidade desejada por aqueles que, por muitas vezes, dizem estar sem essa.

O presente artigo, possuindo uma natureza bibliográfica, apresentará uma fundamentação teórica acerca dos institutos penais e das finalidades das penas, bem como documental, por trazer à tona análises imperiosas de notícias e outros documentos. Com isso, a partir de uma perspectiva exploratória, a abordagem será de natureza crítico-reflexiva.

2 | LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER PUNITIVO

Como é sabido, ‘o poder punitivo informal’ (praticado por aqueles que acham que detém a autonomia que é dada somente ao Estado) atua de uma maneira sempre seletiva, tendo como base, a opinião pública, que é formada por marqueteiros operadores dos meios de comunicação de massa. Com o intuito de inibir que as ações punitivas desses grupos continuem acontecendo e tomando proporções cada vez maiores, faz-se necessário a imposição de limites constitucionais para resguardar os direitos assegurados à cada cidadão.

Toda sociedade é regida por um conjunto de normas que tem como objetivo regular harmonicamente as relações entre aqueles que compõem este grupo e, também, organizar o funcionamento de um Estado. Sendo assim, no Brasil, como o agente regulador dessas relações, temos a chamada Constituição da República Federativa do Brasil. Nesta mesma carta constitucional, no artigo 5º, é revelado o maior interesse do Estado em salvaguardar o direito à vida. É nos apresentado também, como um dos princípios fundamentais do Estado democrático de Direito, a chamada dignidade da pessoa humana. Nesse sentido:

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[...] BRASIL. Constituição, 1988.

Em um âmbito internacional, temos a chamada Organização das Nações Unidas (ONU), uma organização que tem como objetivo promover a paz e o desenvolvimento mundial. Adotada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos veio com o objetivo de delinear os direitos humanos básicos, assim como é mostrado no seu artigo 3º, prevalecendo a importância do direito. Sendo

assim:

Existe um amplo consenso de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 constitui o ponto de partida do movimento moderno de direitos humanos - é a quintessência dos documentos de direitos humanos. (WILDE, 2007, p.09)

Em momento algum é permitido ao Estado agir de uma maneira irracional, utilizando atitudes extremas, sejam elas, penas exacerbadas, que ferem os direitos humanos e a dignidade do cidadão, ou até mesmo de uma omissão, deixando assim de garantir o cumprimento da lei e da ordem. Ele servirá como o agente mediador entre partes que estão ali para buscar satisfazer os seus anseios, custe o que custar. Para que se alcance um parecer justo é dever do Estado analisar os pormenores, de maneira mediata e reflexiva, e assim determinar o resultado.

Deve-se sempre lembrar que o processo penal condenatório não é um instrumento arbitrário do Estado, que estará à disposição para fazer o que bem for entendido em cada situação. Pelo contrário, esse processo existe justamente para coibir qualquer ação que o Estado possa ter que resultará na supressão de determinado direito.

3 | DISCURSO MIDIÁTICO DO ÓDIO E A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL DA VINGANÇA POPULAR

Num Estado Democrático de Direito, regulado pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, haveria a possibilidade da criação de um “quarto poder”? Sendo este o responsável pela “observação” dos demais poderes e também pela formação da opinião daqueles que despendem o seu tempo assistindo-lhes. Com o ‘objetivo de transmitir a informação’, podemos perceber a função relevante que uma mídia viciada tem em propulsar o clamor popular concernente à ‘justiça’ que deve ser realizada quando um crime é praticado. No decorrer do artigo discutiremos como é realizada essa ‘integração’ entre mídia e sociedade. Podemos observar que:

a mídia, pouco a pouco, busca ocupar o espaço central das sociedades democráticas, com o pretexto de ser o potente instrumento capaz de iluminar os cantinhos mais obscuros da vida econômica, política e social. (...) em nome da informação devida ao público, tenta impor-se como o Quarto Poder da República. CLEIMAN, Beth. Op. Cit. p. 21. Citada por Fábio Martins de Andrade. Op. Cit. p. 78

Com o mundo cada vez mais globalizado, aumenta-se a quantidade de informações à disposição de qualquer pessoa que esteja disposta à ‘consumi-la’. Com isso, os canais midiáticos desempenham um papel relevante na formação da opinião dos seus telespectadores, e por saberem disso, estes meios de comunicação impõem-se como ‘agente regulador’ das tensões que acontecem na sociedade. A partir daí, surgem, por exemplo, os programas policiais sensacionalistas, que tem como objetivo propagar uma falsa sensação de impunidade dos transgressores da

lei, ao decidirem focar, reiteradamente, nos altos índices de violência, nos casos em que ocorreram impunidade e nas falhas que, infelizmente, o sistema jurídico brasileiro apresenta. Deixando de mostrar as atitudes que estão sendo tomadas na tentativa de sanar todas essas problemáticas.

Após a criação desse caos social, a mídia torna-se o instrumento que conduz a sociedade a colocar em prática o que Thomas Hobbes (1651) nomeou de “estado de natureza”, pelo qual o homem, por meio da imposição da força, utiliza-se de todos os meios necessários em prol da resolução do problema. Através desse estado, dá-se origem aos discursos de ódio atualmente presentes no convívio social, como por exemplo, ‘bandido bom é bandido morto’, e, como se não bastasse, esses discursos levam adeptos a colocarem em prática ao que outrora era “apenas” uma fala, e então, surgem os grupos de extermínio conhecidos como ‘justiceiros’. Estes grupos, no momento em que ocorre um delito, agem como se fossem agentes da lei, e esquecendo-se dos direitos resguardados à cada ser humano, punem violentamente o transgressor de determinada norma, sendo que em alguns casos resultam até mesmo em linchamentos.

Concernente aos efeitos da estratégia que a mídia utiliza, há também um grupo de pessoas que, por reterem aquilo que lhes é apresentado pelos veículos midiáticos, e por não serem adeptos à chegarem às vias de fato, decidem recorrer aos Poderes Legislativo e Judiciário com o intuito de pedir que sejam criadas leis mais rígidas, com aumento de penas e até mesmo a inserção da pena de morte no sistema jurídico brasileiro, indo assim de encontro ao princípio constitucional que garante a inviolabilidade do direito à vida. Em contrapartida:

O espetáculo atroz, mas momentâneo, da morte de um celerado é para o crime um freio menos poderoso do que o longo e contínuo exemplo de um homem privado de sua liberdade, tornado até certo ponto uma besta de carga e que repara com trabalhos penosos o dano que causou à sociedade. Essa volta freqüente do espectador a si mesmo: “Se eu cometesse um crime, estaria reduzido toda a minha vida a essa miserável condição”, – essa idéia terrível assombraria mais fortemente os espíritos do que o medo da morte, que se vê apenas um instante numa obscura distância que lhe enfraquece o horror. (BECCARIA, 2000. p.11)

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

Beccaria defende no que concerne a punição do homem e a sua eficácia, que as penas desumanas não atingiriam o seu devido objetivo. Sendo assim, seria melhor penas contínuas e dosadas, ou até mesmo penas alternativas, gerando assim a um possível transgressor da norma, a ideia de que ele estaria fadado aquilo pelo resto de sua vida, caso ele agisse de maneira contrária às leis. Indo de encontro assim, à execução da pena de morte, linchamentos que são momentos intensos, porém momentâneos.

O Estado não pode colocar-se no mesmo plano do indivíduo singular. O indivíduo

age por raiva, por paixão, por interesse, em defesa própria. O Estado responde de modo mediato, reflexivo, racional. Também ele tem o dever de se defender. Mas é muito mais forte do que o indivíduo singular e, por isso, não tem necessidade de tirar a vida desse indivíduo para se defender. O Estado tem o privilégio e o benefício do monopólio da força. Deve sentir toda a responsabilidade desse privilégio e desse benefício (BOBBIO, 1992. p. 181).

Será que paralelo ao Código Penal, estaríamos criando um código jurídico da dor? Cujo objetivo é ser usado como um instrumento de vingança e tortura por aqueles que têm o dever de proteger a sociedade e resguardar os direitos do cidadão. Com isso, estaríamos trazendo à tona a teoria defendida por Gunther Jakobs (1985), conhecida como o Direito Penal do inimigo. Por meio das ações supracitadas, haveria a desproporcionalidade das penas e a supressão de direitos e garantias constitucionais. É importante salientar que, a ressocialização de um ser humano que está encarcerado não será através da “demonização” e do sofrimento deste.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, podemos perceber que as atitudes das autoridades e as sugestões populares ainda não foram suficientes para sanar a problemática da segurança em nosso País. Penas mais robustas, novas tipificações criminais, construções de novos presídios, não irão resolver essa lacuna que ainda existe em nossa sociedade. Fazendo isso, estaremos tentando resolver um problema com paliativos quando na verdade deveríamos tentar reestabelecer a sua estrutura.

Os membros de uma sociedade são o reflexo do que a eles são oferecidos. Nesse sentido:

“A educação é o processo pelo qual a sociedade forma seus membros à sua imagem e em função de seus interesses” (PINTO, 1989, p.29).

Através dos dados fornecidos em junho de 2019 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), pôde-se constatar que o Brasil tem 11,3 milhões de pessoas analfabetas. Esse número alarmante de pessoas que não têm acesso a uma educação de qualidade, serão os mesmos que mais tarde comporão os altos índices de desemprego no País, por não terem sido capacitados para enfrentarem o disputado mercado de trabalho atual. Vivenciando essa situação de desemprego, muitos destes, sendo jovens, acham no tráfico de drogas e no crime uma ‘aparente saída’ para conseguirem alcançar dinheiro fácil e uma falsa sensação de poder. Com essa breve análise, percebe-se então que o problema que vivemos na Segurança Pública do Brasil está diretamente ligado à falta de investimento na educação do nosso País. Cabe então às autoridades competentes, o investimento nessa área, pois se assim o fizer, resultará em cidadãos motivados que irão buscar a sua capacitação intelectual, que levará a estarem aptos profissionalmente e, por conseguinte, alcançarão a tão

sonhada estabilidade.

E se, mesmo com as autoridades investindo na educação, algum indivíduo escolher um caminho que tem como objetivo burlar as normas, que este venha a responder judicialmente pelos seus atos, mas de uma maneira justa, respeitando os princípios constitucionais ora citados, e que o Estado, através de programas que incentivem a capacitação profissional, o forneça uma nova chance de reinserção à comunidade.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

BOBBIO. Norberto. *A Era dos Direitos*. Campus Elsevier, 2004.

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

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: Taxa de Analfabetismo, 2019.

CARLETI, Amilcare. *Código de Hamurabi*. Brocardos Jurídicos, 1986.

DEATH PENALTY INFORMATION CENTER. Disponível em: <https://deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf>. Acesso em 24 de abril de 2017.

DEATH PENALTY INFORMATION CENTER. *Facts about death penalty*. Disponível em: <<https://deathpenaltyinfo.org/node/5623/5>>. Acesso em: 24 de abril de 2017.

FOUCAULT. Michel. *Vigiar e Punir: história das violências nas prisões*. edição 36. Editora Vozes. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/>>. Acesso em: 22 de Julho de 2017.

THE GUARDIAN. *Arkansas executions: first prisoner killed after legal challenge fails*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2017/apr/21/arkansas-executions-first-ledell-lee-death-penalty>. Acesso em: 21 de abril 2017.

WILDE, Ralph. *Uma visão geral da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. In: *Direitos humanos: referências essenciais*. Trad. Fábio Larsson. São Paulo: Edusp, 2007.

A UNIVERSALIZAÇÃO DA INTERNET E OS DIREITOS HUMANOS

Mateus Catalani Pirani

Universidade Católica de Santos
Santos – São Paulo

RESUMO: Este estudo interdisciplinar na área de Ciências Sociais Aplicadas, estabelece relação entre Direitos Humanos, Direito Internacional e Direito Digital partindo da universalização da internet, com enfoque de Direitos Humanos no atual cenário mundial. O surgimento de uma sociedade tecnológica e os impactos que a Internet impõe ao cenário internacional, trazem questões ligadas aos direitos humanos. A partir da Internet é possível criar novos níveis de relacionamento, o que faz com que ela deixe de ser uma ferramenta de estudos e passe a ser utilizada como um meio de comunicação entre as pessoas. Sendo assim, a razão de ser desse trabalho advém da necessidade de que essa comunicação esteja ao alcance de todos, ou seja de sua universalização. Tal universalização deve ser entendida como uma forma de concretização de direitos humanos, seja em função da liberdade de expressão, do direito à informação ou de outros direitos ligados à dignidade humana. Direitos humanos *off-line* devem ser também protegidos *on-line*. A temática foca na análise da Internet como um fenômeno social, bem como como seu relacionamento com direitos, a fim de se

traçar um panorama que permita a defesa da universalização da Internet enquanto parte do arcabouço dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, Universalização, Internet, Neutralidade de Rede.

ABSTRACT: This interdisciplinary study in the area of Applied Social Sciences establishes a relationship between Human Rights, International Law and Digital Law based on the universalization of the internet, focusing on Human Rights in the current world scenario. The emergence of a technological society and the impacts that the Internet imposes on the international scenario raise human rights issues. From the Internet, it is possible to create new levels of relationships, which makes it no longer a study tool, but rather a means of communication between people. Thus, the idea of this paper stems from the need for this communication to be within everyone's reach, that is, its universalization. Such universalization must be understood as a way of materialize human rights, whether due to freedom of expression, the right to information or other rights related to human dignity. Offline human rights must also be protected online. Moreover, the universalization of the Internet can be understood as a human right in itself, in order to prevent a digital exclusion from occurring in

a contemporary social reality. The theme focuses on the analysis of the Internet as a social phenomenon, as well as its relationship with rights, in order to draw a picture that allows the defense of the universalization of the Internet as part of the human rights framework.

KEYWORDS: Human Rights, universalization, Internet, Network Neutrality.

1 | INTRODUÇÃO

Em virtude dos avanços tecnológicos, a atual sociedade humana está diretamente conectada à Internet. Ter acesso a esta ferramenta não é mais um “luxo”, mas sim uma garantia do desenvolvimento da sociedade em questões econômicas, culturais e sociais. É possível, graças à Internet, que pessoas que estão a milhares de quilômetros de distância concretizem projetos em conjunto, debatam ideias, realizem negócios jurídicos, tudo com a mesma facilidade que o fariam se estivessem no mesmo local.

Em pesquisa feita no ano de 2012, só no Brasil foi constatado que mais de 94,2 milhões de pessoas têm acesso à Internet. Este número demonstra a importância e a relevância social que esta tecnologia tem adquirido na sociedade do século XXI. As redes sociais, que são responsáveis pela maior parte dos acessos à Internet, e os usuários criam e recriam maneiras e potencialidades destes espaços virtuais, que agora passa a ser dividido com uma população conectada com acesso a dados e possibilidades de registros fotográficos, em vídeo ou textuais de momentos relevantes para uma sociedade. Com sua disseminação, a Internet passou a ser considerada um meio de comunicação essencial, da mesma forma como o rádio e a TV foram durante o século XX. Em alguns países, essa visão foi de tal forma consolidada que o meio passou a ser considerado um direito.

Sendo assim, a razão de ser desse trabalho advém da necessidade de que essa comunicação esteja ao alcance de todos, ou seja de sua universalização, entendida como uma forma de concretização de direitos humanos, seja em função da liberdade de expressão, do direito à informação ou de outros direitos ligados à dignidade humana. A temática foca na análise da Internet como um fenômeno social, bem como na análise de como se efetiva seu relacionamento com direitos, a fim de se traçar um panorama que permita a defesa da universalização da Internet enquanto parte do arcabouço dos direitos humanos.

2 | INTERNET: UM FENÔMENO SOCIAL

Com intuito de se alcançar melhor interpretação acerca do fenômeno social por trás da Internet, convém traçar brevemente um panorama histórico quanto a Rede Mundial de Computadores – Internet.

No final da década de cinquenta, no auge da Guerra Fria, o Departamento de

Defesa dos Estados Unidos concebeu a *Advanced Research Projects Agency* (ARPA). Um dos objetivos da ARPA foi desenvolver projetos em conjunto, independentemente da localização física, sem correr o risco de perder dados e informações em caso de bombardeios, a rede mundial de computadores composta de diversas sub-redes, de maneira descentralizada, permitindo a compatibilidade entre o grupo através da adoção de um mesmo protocolo de transmissão de dados (ALVES, 2009).

Sua consolidação como tecnologia de redes de computadores no domínio público se deu na década de 90, quando um grupo de cientistas do CERN (Laboratório Europeu para a Física de Partículas) visando tornar o uso da Internet mais rápido, fácil e produtivo, criou o conceito de *World Wide Web* (WWW) que deu início a um projeto para a criação de uma interface gráfica amigável para a comunicação via Internet; e também, o *HTTPS* (*HyperText Transfer Protocol Secure*), que garante o envio de dados criptografados (KLEIMA, s/d). Com o WWW, a tarefa de navegar pela Internet tornou-se extremamente simples, com endereços amigáveis e visualização clara e rápida.

Os elementos que tornaram a Internet um fenômeno social são, principalmente: a relativa facilidade de adquirir acesso, a mundialidade da estrutura, a sua descentralização, a velocidade de transmissão da informação e a dupla via em que essa informação é transmitida (ENZER, 2005). Essa última característica distingue a Rede dos meios de comunicação em massa tradicionais.

A Internet cria uma nova esfera pública, denominada segundo Pérez Luño de “*nuevo tejido comunitario*” (LUNO, 2005), ressaltando que houve uma mudança qualitativa radical no que se refere ao acesso à cultura, ao conhecimento e à informação. Ao contrário do que alguns podem afirmar o mundo virtual não é antagônico ao real, não é um mundo inexistente, imaginário. É um novo tipo de realidade, um outro eixo de existência. Esse novo plano de relações sociais provocou modificações no plano real ou tradicional de existência (LUNO, 2005). No entanto, essa esfera pública, infelizmente, reproduz em seu meio problemas similares aos do mundo real.

Hodiernamente, a Internet se tornou um serviço indispensável para o homem e para acessá-la pode ser utilizada a conexão discada, conhecida como *dial up*, que se trata da discagem por telefone ou a Internet Banda Larga que garante uma navegação com maior velocidade. As empresas tecnológicas tiveram uma grande contribuição para o aumento de usuários de rede, uma vez que, os computadores ficaram com preços mais reduzidos e, portanto, acessíveis à população em geral.

A globalização é um fenômeno com dimensões nos diversos ramos sociais, desde a cultura, política, energias, tecnologia etc. O seu conceito vai muito além do que apenas a multiplicidade e ampliação de relações políticas, econômicas, culturais e sociais numa escala global, não se limitando as fronteiras políticas de um Estado, mas uma interdependência e inter-relação das atividades dos Estados, os quais ficam cada vez mais dependentes de sistemas mundiais e redes de interação. Em outras palavras, a globalização representa uma mudança significativa no alcance

espacial da ação e da organização social, que passa para uma escala inter-regional ou intercontinental (LUNO, 2005).

Com a crescente expansão das atividades econômicas, dos interesses políticos e das relações sociais transcendendo cada vez mais as fronteiras nacionais, adquirindo uma escala internacional, o Estado está diante de um desafio direto para o princípio territorial da organização social e política moderna.

Sendo a Internet assunto de interesse global, muitas vezes é “positivado” pelos ditames da sociedade econômica e mercados privados, onde incide-se as regras do Direito Internacional Privado, quando deveria existir pactos de Direito Internacional Público, em que pesasse a cooperação estatal na solução de conflitos, em busca de uma Internet universal e neutra, como será *a posteriori* demonstrado.

2.1 A Sociedade Digital

Em virtude dos avanços tecnológicos, a atual sociedade está diretamente conectada à Internet. Ter acesso a esta ferramenta não trata mais de luxo, mas de garantir a evolução da sociedade em questões econômicas, culturais e sociais, como melhor dirimido em momento oportuno.

A história da humanidade revela como a constante busca pelo aprimoramento tecnológico é crescente, ainda mais no que concerne à produção e comunicação. Os avanços de tais tecnologias vêm se concretizando ao longo dos séculos e afetam não só as bases estruturais da sociedade, como influenciam, também, às alterações culturais e comportamentais.

Vive-se em uma sociedade única, por ter feito de suas barreiras físicas apenas um marco no mapa, tendo estas sido quebradas com o advento da Internet. No entanto, o que tem se mostrado é que não só as barreiras permaneceram, como elas apenas não são mais somente físicas, são virtuais, culturais ou até mesmo impostas a uma parte da população que se encontra em uma redoma marginalizadora do acesso à informação e do desenvolvimento tecnológico e social. Hoje pertence ao senso comum, do homem médio, afirmar que o mundo está globalizado. (BARLOW, s/d).

Esse ideal de compartilhamento de informações era tão indiscutível e certo que levou John Perry Barlow, especialista de informática, a redigir em 1996 uma “Declaração de Independência do Ciberespaço”, em que afirmava que nenhum governo poderia tomar qualquer medida prática para restringir a liberdade dos internautas que não pudesse ser burlada pelos mesmos. Assim, a Internet seria um espaço livre, uma espécie de território quase anárquico, onde caberia ao internauta respeitar somente os limites impostos pelo seu equipamento ou pela própria estrutura da computação.

O termo “Sociedade da Informação”, conforme explana Siqueira Júnior, compreende uma sociedade que se constitui e se desenvolve sobre tecnologias de informação e comunicação que englobam a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios eletrônicos, utilizados pela

população em circunstâncias sociais, econômicas e também políticas. (SIQUEIRA JR., 2007).

Verifica-se, aliás, que os reflexos do advento da sociedade da informação se estendem aos mais diversos negócios jurídicos, relações governamentais, econômicas, de consumo, de trabalho, e se amplia até mesmo à prática de inimagináveis condutas danosas e ilícitas. Passa a ser necessário, portanto, que o ordenamento jurídico se adapte aos desafios já constatados na sociedade da informação e aos até então desconhecidos, concedendo proteção e regulamentação jurídica a este fenômeno social.

Para tanto, parte-se do pressuposto de Ana Azevedo, que pontua assertivamente que cidadania no espaço virtual, ao defender que exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais, é ter o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei (AZEVEDO, 2014). É, também, o exercício do direito de participar da sociedade, votar e ser votado, ter acesso à educação, ao trabalho, à saúde, ao salário justo, ou seja, ter uma vida digna e participativa dentro de uma sociedade (AZEVEDO, 2014).

As tecnologias da informação e comunicação – TICs – do século passado, como a televisão, o rádio, jornais, entre outros, não permitem mais uma comunicação rápida. Com a Internet, as novas TICs inovam pela grande distribuição de capacidade comunicativa que está disponível a todos os usuários da Internet e com baixo custo.

3 | INTERNET E DIREITOS HUMANOS

A partir do mencionado, o presente capítulo tem como objetivo construir um breve panorama sobre os direitos humanos. Insta salientar que a compreensão acerca dos direitos humanos é fundamental para adquirir uma percepção mais detalhada e humanizada da Internet, tanto no íterim do trabalho, quanto em uma perspectiva geral da vida diária.

3.1 Direito ao acesso à Internet

Através do surgimento e desenvolvimento das novas Tecnologias de Informação e Comunicação é inegável que a sociedade atual sofreu/sofre significativas transformações. Um dos primeiros passos para fomentar essas ações é seguir os indicativos da ONU, que, como mencionado, em 16 de maio de 2011 reconheceu o acesso à internet como direito humano.

Segundo esta Organização, impedir o acesso à informação por meio do uso das tecnologias infringe o Artigo 19, §2º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966. Cabe lembrar que este documento internacional foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto no 593 de 1992 e de acordo com o seu conteúdo todo cidadão possui direito à liberdade de expressão e de acesso à

informação por qualquer tipo de veículo, incluindo o meio virtual.

Por suas peculiaridades, os direitos relativos à Internet atingem o direito de pretensão de resistência à intervenção estatal, o direito de prestação e o direito de autodeterminação informacional. O primeiro garante aos cidadãos a restrição de qualquer ação do Estado que limite a liberdade de expressão ou acesso à informação (LUNO, 2004). Nesse sentido, possibilita indivíduo repelir eventual interferência estatal, através dos vários meios que o ordenamento jurídico lhe oferece. Pelo segundo tem-se que o direito de prestação permite às pessoas exigirem determinada atuação do Estado no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício das liberdades, a começar pelo próprio acesso à internet. Por fim, pela autodeterminação informacional pensa-se o tema além do acesso, avançando-se para a utilização que o cidadão fará dessa tecnologia, na possibilidade de empoderamento social, político e no controle dos seus dados pessoais (LUNO, 2004).

Não há hoje alternativa mais propícia a potencialização do direito à informação. Todavia, é importante ressaltar que aqui se trata de mais que o direito do indivíduo de receber a informação, e por isso um direito ao acesso à Internet nisso não se resume. Qualquer pessoa pode informar, fazer conhecer sua opinião, divulgar suas ideias, compartilhar seus conhecimentos, com quantas outras pessoas quiser, fazendo essa informação chegar a qualquer lugar do globo, instantaneamente. Diante da ameaça de monopólio informativo do Estado, a sociedade democrática deve reivindicar o pluralismo informativo, o livre acesso e a livre circulação de informações, tal como exprimido anteriormente no levantamento sobre o fenômeno da globalização.

A rede mundial de computadores está fortemente ligada aos direitos políticos do cidadão. Conforme já abordado, a possibilidade de manifestar uma vontade através de qualquer distância, instantaneamente, de imediato foi identificada como ‘concretizadora’ do antigo sonho de democracia direta.

A cybercidadania, exige o acesso adequado, permitido pela regulação jurídica eficaz e democrática da Internet. Diante disso, o Manifesto elaborado a partir dos debates ocorridos durante o 1º Congresso Online do Observatório para a Cybersociedade, realizado em setembro de 2002, dispõe que:

Ante esta oportunidad de cambio en el desarrollo de la humanidad, reclamamos el derecho universal de acceso al ciberespacio y a su defensa y conservación como un ámbito social libre e igualitario. Sostenemos que es un derecho que debe estar por encima de monopolios estatales, oligárquicos o empresariales, que no se alcanzará con sólo su establecimiento en normas o leyes ni con vacías declaraciones de principios sino, sobre todo, trabajando por él día a día. (LUNO, 2004).

A teledemocracia, abordada anteriormente, é desejável e inclusive viável, mesmo que apenas em um futuro próximo, conforme apontado. De toda forma, tanto a teledemocracia fraca como a forte pressupõe o uso da Rede.

Na medida em que atua como possibilitadora, sob muitos aspectos e em muitos campos dos direitos a prestações, a Rede tem grande influência na questão da eficácia desses direitos. Conforme afirmado anteriormente, a grande problemática da eficácia dos Direitos Fundamentais atinge justamente esta categoria, visto que naquela dos direitos de defesa, a exigência inicial e preponderante, de uma omissão do Estado, não importa em grandes controvérsias.

A prestação da atividade jurisdicional reveste-se de importância peculiar em razão da tarefa atribuída ao Poder Judiciário de protetor dos Direitos Fundamentais. A efetiva prestação jurisdicional requer a garantia do acesso à justiça, do devido processo legal, do prazo razoável. O processo eletrônico faz com que o Judiciário dependa cada vez mais da Internet, enquanto esforçar-se para prestar da melhor maneira seu serviço à população. Novamente, fica caracterizada uma necessidade histórica da sociedade.

O conteúdo de um direito ao acesso à Internet é de relativamente fácil delimitação, ainda mais quando comparado com direitos como liberdade de credo ou direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado. O direito de acesso à Internet decorre de e pode ser justificado, principalmente, pelos valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Tem profunda relação com a cidadania em seu aspecto de defesa, abordado há pouco, no que tange os direitos políticos, mormente o controle da atuação do Estado pelos cidadãos. O direito de acesso à Internet está intrinsecamente ligado ao valor dignidade humana, em razão de sua relação com a autonomia individual e autodeterminação.

Da mesma forma, implica realização do postulado de cidadania ao ponto em que concretiza a liberdade de expressão e a liberdade informática. Por outro lado, resulta como consequência direta ou indireta, dependendo do caso concreto da exigência de respeito à dignidade da pessoa humana quando proporciona a realização de condições a ela necessárias, como a satisfação do direito à saúde e a educação.

O acesso à Internet é relevante, em razão da satisfação que proporciona as diversas necessidades dos indivíduos. Sua substância é bem definida, seu conteúdo guarda similaridade com os Direitos Fundamentais positivados no catálogo. Dessa forma, é equivalente aos direitos formalmente fundamentais. Ainda, guarda relação próxima e decorre das exigências dos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade humana.

As perspectivas subjetiva e objetiva representam, respectivamente, os direitos subjetivos dos indivíduos e os deveres do Estado relacionados ao acesso à rede mundial. Uma norma de direito fundamental de acesso à Internet é compatível com a perspectiva subjetiva porque pressupõe e garante um direito subjetivo de cada indivíduo de obter condições para que possa conectar-se à rede.

Assim, cada um pode exigir do poder público um meio de acesso adequado, na forma de um terminal, como um computador, que esteja em funcionamento e obtenha qualidade suficiente de conexão à Internet. A perspectiva objetiva seria vislumbrada

pela existência de obrigações de conduta do Estado que não estão necessariamente abrangidas pelo direito subjetivo.

A dimensão negativa do direito de acesso à Internet fica clara, pois é a evidência das omissões a que são obrigados o Estado e particulares. Trata-se da proibição de restrições não justificadas ao acesso. O Estado não pode limitar o direito através da determinação do conteúdo que será disponibilizado ao indivíduo, a não ser em casos excepcionais. Deve ser respeitada a liberdade de escolha do indivíduo acerca de que páginas irá visualizar. Da mesma forma, não se pode dificultar o acesso através do uso de mecanismos informáticos que imponham restrição ao uso do computador ou terminal que provê o acesso (ROHRMANN, 2005).

A dimensão positiva é relevante para a concretização do direito. Assim como os direitos a prestações fáticas, pressupõe uma atuação do Estado no sentido de suprir a impossibilidade de acesso à Internet da maior parte da população em razão da carência econômica. Contudo, há outra necessidade, ínsita ao direito de acesso, que é a da inclusão digital.

Essa inclusão digital pressupõe a disponibilidade de terminais de acesso aos indivíduos de menor poder aquisitivo. Além disso, e mais importante, a inclusão digital visa combater a *information illiteracy*, já que a quase totalidade daqueles que não podem acessar a rede mundial de computadores tampouco dispõe da instrução necessária para fazer adequado uso desse acesso, caso o obtivessem.

3.2 Direito Digital

O papel da Internet na sociedade da informação demanda, como previamente demonstrado, a criação de novas ferramentas jurídicas para regular as relações da sociedade atual, de modo a atualizar o próprio Direito, bem como para garantir o pleno exercício da cidadania.

A revolução na informática deu origem ao ciberespaço, definido, como visto, como todo o espaço virtual onde são desenvolvidas relações interpessoais, onde não há centralização de informações e onde todos têm o poder de se comunicar. Este espaço goza de uma gama infinita de informações e dados, com acesso a sítios (*sites*), e-mails, bate-papos (*chats*), *blogs* e páginas de relacionamentos.

O surgimento do Direito Digital decorre das relações sociais e do alcance dentro e fora do seu meio de atuação, as mudanças mui rápidas em curto espaço de tempo forçam uma característica a ser construída; por ser essa velocidade de transformação um catalisador de ações, há quem defenda o Direito Digital como um ramo jurídico autônomo, tal como o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Empresarial, o Direito Tributário, e demais.

Em virtude dos avanços tecnológicos, a sociedade atual está diretamente conectada à Internet. Pertence, hodiernamente, ao senso comum do homem médio, afirmar que o mundo está globalizado, conforme demonstrado anteriormente. Contudo,

o mundo só atingiu tal proporção de globalização por estar conectado à Rede Mundial de Computadores, a Internet.

A Internet provoca reflexos na vida de todos, e também no Direito. No que tange, por exemplo, os Direitos Humanos, é importante frisar que em 10 de dezembro de 1948, a ONU adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo teor reconheceu direitos de todo ser humano, sem distinção de etnia, cor, gênero, língua, religião, ideologia política ou de qualquer outro tipo de origem (DIREITOS HUMANOS). Dentre os direitos apontados estavam as liberdades de opinião e expressão, que estão atualmente ligados ao usuário da Internet, isto é, ambiente que mais fez ascender à liberdade de expressão.

Inicia-se, assim, um novo conceito de direitos humanos, que passa a ser adotado por outros Estados-Nação, como a Grécia, Índia e Roma, desenvolvendo a discussão entre os grandes filósofos iluministas como Thomas Hobbes, John Locke e J.J. Rousseau, sobre a teoria da lei natural, em que o homem se guia pela sua observação em relação ao mundo, partindo de seus ideais racionais, bem como éticos e morais.

Ainda em âmbito internacional, que compreende o direito de acesso à informação como direito humano, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, o qual foi internalizado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto no 592, em 1992, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que foi assinada em San José, na Costa Rica, em 1969, e internalizada no Brasil por meio do Decreto Presidencial no 678, em 1992. Os três documentos referidos dispõem basicamente que toda a pessoa tem direito de receber e transmitir informações por quaisquer meios e independente de fronteiras.

No século XXI, a grande massificação da Internet, bem como sua influência nas questões políticas fez com que diversos organismos internacionais se posicionassem em torno do tema (RIBEIRO, 2014). A Internet, portanto, deixa de ser uma ferramenta de estudos e passa a ser utilizada como um meio de comunicação entre as pessoas, pelo qual as pessoas são capazes de postar vídeos, publicações e se utilizarem de redes sociais para compartilhar seus pensamentos e desejos (RIBEIRO, 2014). E se torna o acesso a ela também um direito que deve ser proporcionado pelo Estado em respeito inclusive aos direitos humanos. A Internet passa então a ter um relacionamento direto com os direitos humanos, seja enquanto o seu acesso como um direito humano, seja por se relacionar com outros direitos humanos.

4 | A UNIVERSALIZAÇÃO DA INTERNET

A Internet deixou de ser um produto comercializado apenas para uma determinada categoria de pessoas ou de classe social, para tornar-se uma necessidade universal

do mundo contemporâneo. Locais sem acesso à Internet ficam impossibilitados de partilhar sua cultura, evoluir economicamente, uma vez que a vida no século XXI se tornou digitalizada (SILVA, 2012).

No transcorrer dos anos, a Internet tomou um novo rumo. Antigamente o usuário de rede apenas recebia conteúdo e a principal forma de comunicação era o envio de e-mails. Atualmente, o cenário é outro, o usuário da rede tem um novo papel, pois ele não apenas recebe conteúdo, mas também o produz. Um exemplo é a página virtual *YouTube*, em que um usuário produz um vídeo e disponibiliza no site, tornando-o público para todos que tiverem interesse assistirem.

4.1 A Universalização

A concepção contemporânea de universalização se refere “à premissa de que todos têm o direito de obter determinado serviço ou bem, devido à sua importância e papel social, deve ser disponibilizado ao universo do cidadão, sem distinção.” (SILVA, 2012).

Portanto, o acesso à Internet é tão importante e tão essencial, quanto o direito de se ter educação, moradia, segurança, alimentação etc., direitos que devem ser proporcionados pelo Estado. Para que se universalize o acesso, se faz necessário além de disponibilizar em determinado local, “o serviço deve estar disponível, a preço viável e justo, em condições isonômica, com qualidade, a todos os cidadãos e também gratuitamente para aqueles que não podem arcar com seu custo.” (SILVA, 2012).

Universalizar, portanto, vai além de dar acesso a todos, mas sim de evitar que ocorra uma exclusão digital em uma atual realidade contemporânea social, em que o acesso à informação digital garante direitos constitucionais, bem como preconizados pela Declaração Universal de Direitos Humanos, como a liberdade de expressão.

Outrossim, a prestação da Internet, para que se amplie a ponto de atingir sua universalização, deve ser realizada com o denominador qualidade. Assim, deve-se prestar o serviço com as características de qualidade conforme descrito no tópico anterior.

4.2 Neutralidade de Rede e Universalização

Um grande desafio para o desenvolvimento da Internet é a forma como as informações trafegam sobre as redes de banda larga, e é aí que se insere o debate sobre neutralidade. Este tema, que tem sido abordado de maneiras diversas a depender do país que se olhe, também se coloca como um dos grandes impasses que necessariamente precisam ser enfrentados quando se fala em universalizar a banda larga.

Hoje, dado o papel central desempenhado pelas redes, a maior parte das atenções quando o assunto é neutralidade recai sobre o tratamento que é dado pelos provedores de infraestrutura e acesso e seu inegável poder de decisão sobre o que e

como pode trafegar nestas redes. Essas empresas, por sua vez, argumentam com as crescentes necessidades de investimentos e apelam por modelos econômicos mais sustentáveis do ponto de vista empresarial.

Ao se falar em regime privado, há de se destacar que a Neutralidade da Rede, como um dos princípios consagrados da Internet que estaria em ameaça pelas empresas que atuam neste ramo. Atualmente no Brasil com a Lei nº 12.965/2014 está garantido e protegido este princípio no artigo 3º, IV. Todavia, ainda há países que discutem este princípio, bem como sugerem que este não deve ser seguido.

Mas a questão da neutralidade se coloca de maneira ainda mais ampla quando “lembramos que hoje a Internet, pelo menos para a imensa maioria de seus usuários, é dominada, na prática, por um número limitado de provedores de conteúdos, sites de busca, plataformas de vídeos, comércio eletrônico e redes sociais” (AFONSO, 2010). Assegurar que não apenas as redes, mas também todo o ecossistema de empresas e serviços de conteúdo tenham sua parcela de responsabilidade dentro dos princípios da neutralidade também é um desafio o novo.

Atualmente, apesar da neutralidade de rede estar prevista na legislação brasileira como um princípio a ser obedecido, ainda há certas questões técnicas para sua garantia que ainda não foram discutidas, como modos de reconhecimento da violação da neutralidade pelos usuários de Internet, uma vez que se trata de um princípio relacionado à infraestrutura, que, geralmente, não é de conhecimento do usuário.

Antes de se adentrar ao assunto, é preciso se estabelecer um parâmetro sobre o que se considera “neutralidade de rede”, uma vez que não há um consentimento dentre os acadêmicos de uma definição única. Para tanto, será utilizada a definição de Pedro Henrique Soares Ramos:

A neutralidade de rede é um princípio de arquitetura de rede que endereça aos provedores de acesso o dever de tratar os pacotes de dados que trafegam em suas redes de forma isonômica, não os discriminando em razão de seu conteúdo de origem. (RAMOS, 2013)

A importância de se manter a neutralidade de rede é que a função inicial da Internet se preserve, pois qualquer pessoa poderá ter acesso a qualquer tipo de conteúdo, sem privilegiar as grandes empresas. Isso faz com que não só grandes provedores de aplicações se mantenham no mercado, abrindo possibilidades para pequenos empreendedores, bem como, a não limitação de acesso a certo tipo de conteúdo pelo usuário, garante a sua liberdade de expressão, empoderando-o diante das transformações socioculturais possibilitadas com o advento dessa rede interminável de comunicação.

Assim sendo, analisar a neutralidade de rede a luz da universalização, ainda que o cenário da banda larga extrapola as discussões de cunho meramente tecnológico: nela se erguem importantes debates como a universalização do serviço e do acesso;

a regulação de mercado para evitar a formação de monopólios; além da defesa da liberdade de expressão e das características inovadoras originais da Internet baseadas na neutralidade de rede.

Em derradeiro, as políticas públicas e os processos regulatórios precisam conceber o acesso à Internet banda larga de modo complexo, projetando cenários de longo prazo e desenvolvendo planejamentos que levem em conta a própria evolução dos hábitos e necessidades on-line do cidadão comum. Deve-se observar as dimensões técnicas, sociais, políticas e econômicas que este tema envolve. Algo que vai muito além de um novo mercado de serviço: implica em direitos e tende a ser, inevitavelmente, parte constitutiva da cultura e da vida cotidiana de qualquer sociedade moderna neste século.

5 | CONCLUSÃO

A importância de uma sociedade tecnológica em virtude da disseminação das TIC no século XXI, posicionou a Internet como um Direito Humano, declarado pela Organização das Nações Unidas.

A Internet não pode ser vista como apenas mais uma tecnologia. Trata-se de um mecanismo que transcende o meio de comunicação tradicional. Ela instituiu uma nova esfera pública, criando um fenômeno social, que impactou a realização de diversos direitos humanos.

O surgimento da Internet está diretamente ligado ao ideal libertário, o que deve ser levado em consideração quando da elaboração de qualquer regra ou decisão judicial versada no assunto. A ONU vem agindo dessa forma, uma vez que em toda Resolução que emite sobre o tema a Organização aponta os reconhecimentos acerca da importância da Internet no desenvolvimento da pessoa humana.

A Internet não foi idealizada para ter repercussões restritas às fronteiras físicas dos Estados. Justamente por isso, a atual estipulação dos marcos regulatórios com base no pensamento restritivo pode causar certa insuficiência no momento de pensar a Internet enquanto universal.

Vive-se em uma sociedade eminentemente transnacional e digital, na qual simples “cliques” bastam para que se tenha acesso a conteúdos de qualquer parte do globo, contudo, há ainda fortes obstáculos impedindo o acesso neutro e universal à Internet.

Ao se garantir o acesso universal à Internet como um Direito Humano, ou ao menos como uma forma de garantir outros direitos humanos, dá-se um enorme passo no caminho de respeito aos ideais que deram origem à Internet e à realidade da sociedade atual.

Dentre estas garantias, indubitavelmente o que mais prosperou foi o direito à liberdade de expressão. Permite-se concluir que, enquanto regra, a pessoa

humana é livre para manifestar o seu pensamento, independentemente do suporte. Evidentemente que essa regra não é absoluta, de forma que os órgãos internacionais, além da própria Constituição Federal, na medida em que prevê o direito primário à liberdade de expressão, também torna relativo o seu alcance ao tutelar o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nessa linha de raciocínio, a liberdade de expressão é limitada pela própria lei, de forma que existem mecanismos jurídicos para coibir o excesso. Contudo, verificou-se que os Estados não têm poder para ir além das limitações legais, e censurar referidas informações ou interromper o fluxo de rede com boicotes à Internet, justamente por se tratar de um patrimônio pessoal de todo ser humano.

Coibir a liberdade de expressão por meio da interrupção da Internet é o mesmo que caminhar no sentido oposto à Universalização da mesma. Tal limitação é ainda é relevante uma vez que a Internet vem se mostrando, nas últimas décadas, ser o grande fator de mudança e empoderamento social em suas diversas camadas.

O desenvolvimento de uma regulação coerente que valorize a universalização da Internet vai viabilizar esse poder transformador, além de democratizar o uso da Internet para que ela supere as barreiras físicas territoriais e crie um espaço de liberdade para a sociedade atual.

Se os avanços da tecnologia da informação e das comunicações podem ameaçar e violar direitos, também têm a potencialidade de promover e fortalecer esses mesmos direitos. Como mencionado, direitos humanos *off-line* devem ser também protegidos *on-line*. Daí a relevância de identificar ações, programas e políticas inovadoras e estratégicas para utilizar o potencial digital para a promoção de direitos.

Os direitos humanos mais claramente identificados com a Internet são o acesso universal; e as liberdades básicas como a de expressão e a de acesso à informação. Estas não estão necessariamente vinculadas a uma determinada tecnologia em qualquer momento histórico. Na realidade, até o relatório da ONU admite que a Internet é valiosa como meio para alcançar um fim e não um fim em si mesma.

Neste sentido, restou demonstrado que universalização se refere à premissa de que todos têm o direito de obter determinado serviço ou bem, que devido à sua importância e papel social, deve ser disponibilizado ao universo do cidadão, sem distinção. Para que se universalize o acesso à Internet, se faz necessário além de disponibilizar em determinado local, que o serviço esteja disponível a preço viável e justo, em condições isonômica, e com qualidade a todos os cidadãos e também gratuitamente para aqueles que não podem arcar com seu custo. Por meio dos aspectos-chaves trazidos por Sivaldo Pereira da Silva e Antônio Biondi, o acesso deve ser universal e com qualidade. Para isso, deve contar com *usabilidade, velocidade, interatividade, fluxo e latência*, Somente assim ter-se-á acesso universalizado à Internet, cuja ferramenta fundamental é que haja uma conexão banda larga e que a mesma preencha os pré-requisitos acima qualificados, uma vez que, permite ao

usuário da rede sua completa utilização.

Universalizar o acesso à Internet, portanto, vai além de dar acesso a todos, mas sim de evitar que ocorra uma exclusão digital em uma atual realidade contemporânea social, em que o acesso à informação digital garante direitos humanos, e pode ser visto como um direito humano em si mesmo.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Carlos A. **Que banda larga queremos?** in: Cgi.br. Comitê gestor da internet no Brasil. Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da Comunicação 2009. São Paulo: Cgi.br, 2010, p. 65-66.

ALVES, Marcelo de Camilo Tavares. **Direito Digital**. Goiânia, 2009. 9-10 p. em <http://aldeia3.computacao.net/greenstone/collect/trabalho/import/Direito%20Digital.pdf>. Acesso em 29 de julho de 2019.

AZEVEDO, Ana. **Marco Civil da Internet no Brasil. Análise da Lei 12.965/14 e do Direito de Informação**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014, p.23.

ATHENIENSE, Alexandre. **Internet e o Direito**. 1ª Ed. Belo Horizonte, 2000. p. 56.

BARLOW, John Perry. **Declaração de Independência do Ciberespaço**. Portal Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>. Acesso em 30 de julho de 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Celso Lafer. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDÃO, Luiza. **Jurisdição e Governança da Internet**. Disponível em: <http://irisbh.com.br/jurisdicao-e-governanca-da-internet/> Acesso em 29 de julho de 2019.

BLUM, Renato M. S. Opice. **Manual de Direito Eletrônico e Internet**. 1a Ed. São Paulo: Editora Aduaneiras, 2006, p.22.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito à informação ou deveres de proteção informativa do Estado?** In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GONÇALVES, Flávio Silva. **Caminhos para a universalização da internet banda larga: experiências internacionais e desafios brasileiros**. 1ª Ed. São Paulo: Intervezes, 2012. p. 115.

HORIZONTE MS. **ONU reconhece internet como direito fundamental**. Disponível em: <http://www.horizontems.com.br/noticias-ler/onu-afirma-que-acesso-a-internet-e-um-direito-humano/10331> Acesso em: 29 de julho de 2019.

KLEIMA, Nilton. **A história da Internet: pré-década de 60 até anos 80**. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/infografico/9847-a-historia-da-internet-pre-decada-de-60-ate-anos-80-infografico-.htm>. Acesso em 02 de agosto de 2019.

MAÑAS, José Luis Piñar. **El derecho fundamental a la protección de datos personales**. In: MAÑAS, José Luis Piñar (org). **Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p.22.

MAURMO, Júlia Gomes Pereira. **A distinção conceitual entre privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem**. São Paulo, 2014, p.33.

MICHELMAN, Frank. **Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **66ª Assembleia** – Grécia. 2008.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=49&Itemid=59>. Acesso em: 03 de agosto de 2019.

_____ (Organização das Nações Unidas). **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: http://www.dudh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=49&Itemid=59.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion**. 5a ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 48

_____, Antonio Enrique. **Cibercidadani@ o cidadani@.com**. Barcelona: Gedisa, p. 114, 2004.
POSTER, Mark. **CyberDemocracy: Internet and the Public Sphere**. Disponível em: <http://www.hnet.uci.edu/mposter/writings/democ.html>.

RIBEIRO, Manuella Maia. **As relações entre Governo e Sociedade Civil através da Web: Modelos de Relacionamento na Esfera Pública Virtual**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012, p.37.

RIBEIRO, Monica Maia. **A universalização da internet como um direito humano**. Trabalho de Conclusão de Curso pela Universidade Católica de Santos. Aprovado em: outubro/2014. Santos-SP.

SILVA, Sivaldo Pereira da. **TIC Domicílios e Empresas, Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação**. 1ª Ed. São Paulo: CGI.br 2012.

UNESCO. **Recommendation concerning the Promotion and Use of Multilingualism and Universal Access to Cyberspace**. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/about-us/how-we-work/strategy-and-programme/promotion-and-use-of-multilingualism-and-universal-access-to-cyberspace/>.

_____. Information for All Programme – IFAP. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/intergovernmental-programmes/information-for-all-programme-ifap/>

SAÚDE E IMIGRAÇÃO: DA GARANTIA DE DIREITOS À COMPREENSÃO DO PROCESSO SAÚDE-DOENÇA

Ana Izabel Nascimento Souza

Universidade Federal de Sergipe

Aracaju – Sergipe

Ana Bárbara de Jesus Chaves

Universidade Federal de Sergipe

Aracaju – Sergipe

RESUMO: Este trabalho configura-se como um olhar sobre a saúde do imigrante frente às vulnerabilidades e riscos que estão expostos em suas múltiplas formas de deslocamento. Para este propósito, adota-se imigração como mudança temporária ou perene de uma nação a outra. O processo saúde-doença pode estar intrinsecamente relacionado às causas econômicas, políticas, ambientais e religiosas durante e após o curso migratório. Desta forma, os serviços de saúde podem ser importantes vias de acesso a esses direitos e, simultaneamente, serem entraves devido a um modelo hegemônico de saúde no país, as cosmovisões estereotipadas/xenofobia e a língua falada. É importante a relativização cultural frente aos modos de sofrimento, modelos sintomáticos ditos psiquiátricos como depressão e dissociações precisam ser contextualizados perante formas diversas de subjetivação, onde se incluem noções de bem-estar, saúde e religião. Os dispositivos de saúde devem estruturar-se de forma que o

cuidado seja, de fato, universal. A perspectiva transcultural fornece uma alternativa à afirmação dessa universalidade ao se dispor para o encontro e diálogo entre culturas.

PALAVRAS-CHAVE: Imigração. Saúde. Perspectiva transcultural.

HEALTH AND IMMIGRATION: ENSURING RIGHTS TO UNDERSTANDING THE HEALTH-DISEASE PROCESS

ABSTRACT: This work configures itself as a look at the health of the immigrant against the vulnerabilities and risks that are exposed in its multiple forms of displacement. For this purpose, immigration is adopted as a temporary or perennial change from one nation to another. The health-disease process can be intrinsically related to economic, political, environmental and religious causes during and after the migratory course. Thus, health services can be important ways of accessing these rights and, at the same time, are obstacles due to a hegemonic model of health in the country, the stereotyped cosmovisions/xenophobia and the spoken language. Cultural relativization is important in view of the modes of suffering, symptomatic models such as depression and dissociations need to be contextualized in different forms of subjectivation, which include notions of well-being, health and Religion. Health devices should be structured so that care is, in fact,

universal. The cross-cultural perspective provides an alternative to the affirmation of this universality when it is disposed for the encounter and dialogue between cultures.

KEYWORDS: Immigration. Health. Cross-cultural perspective

1 | INTRODUÇÃO

Este trabalho configura-se como um olhar sobre a saúde do imigrante frente às vulnerabilidades e riscos que estão expostos em suas múltiplas formas de deslocamento. Para este propósito, adota-se imigração como mudança temporária ou perene de uma nação a outra. O processo saúde-doença pode estar intrinsecamente relacionado às causas econômicas, políticas, ambientais e religiosas durante e após o curso migratório.

Entretanto, este não deve ser visto como um determinante de adoecimento, mas um fator de risco. As novas leis sobre imigração reforçam o acesso livre e igualitário a programas e benefícios sociais. Desta forma, os serviços de saúde podem ser importantes vias de acesso a esses direitos e, simultaneamente, serem entraves devido a um modelo hegemônico de saúde no país, as cosmovisões estereotipadas/xenofobia e a língua falada.

As particularidades do discurso - médico e migrante, por exemplo – implicam na definição do que é patológico ou não. Da migração forçada à voluntária e situações de apatridia estão envolvidos processos de aculturação e elaboração das perdas (da posição social, da casa e da identidade). É importante a relativização cultural frente aos modos de sofrimento, modelos sintomáticos ditos psiquiátricos como depressão e dissociações precisam ser contextualizados perante formas diversas de subjetivação, onde se incluem noções de bem-estar, saúde e religião.

2 | METODOLOGIA

Pesquisa qualitativa e exploratória baseada nos descritores em Ciências da Saúde (DeCS) - Emigração e Imigração, Refugiados, Saúde Mental – em artigos de bases nacionais e bases especializadas.

3 | DINÂMICA MIGRATÓRIA

Embora a história humana reflita a dinâmica migratória desde sua origem, a dimensão da mobilidade contemporânea demanda uma análise da mais complexa do migrar. A migração envolve mudanças tanto do corpo físico quanto do corpo social.

Os fluxos clássicos, segundo Marandola Júnior e Dal Gallo (2010) permanecem – demandas econômicas, qualificação profissional, por exemplo. Entretanto, os conflitos armados e políticos, as perseguições por motivos religiosos, de gênero/raça

acentuam o fluxo contemporâneo e produzem consequências específicas na saúde.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) aponta que, em janeiro de 2018, havia mais de 71 milhões de migrantes no mundo, sendo estes divididos entre refugiados, solicitantes de refúgio, apátridas e outros (ACNUR, 2019). Os crescentes números demandam uma reflexão acerca dos direitos humanos e dos impactos na saúde.

4 | SAÚDE E IMIGRAÇÃO

A migração é fenômeno sócio-psíquico pela alteração de sistemas culturais – línguas, vínculos e cuidados - no decorrer da mudança fronteiriça. Essa ação ambivalente entre rupturas e novos laços demanda a construção de dispositivos clínicos complexos. (SOUZA; SANTOS; SANTOS, 2018).

Embora destacada como uma condição desfavorável à saúde – devido a conflitos no país de origem, isolamento social no país de acolhida e condições sociais ruins - a migração precisa ser vista contextualmente. Topa, Neves e Nogueira, (2013) apontam que o deslocamento em prol de oportunidades de desenvolvimento pessoal e social configuram um fator protetor de saúde.

É importante identificar os fatores que apontam a emergência dos riscos transculturais. A hospitalidade, ou seu contrário, a exclusão, a discriminação, o racismo tornam mais frágil esta inscrição na nova sociedade, que é tomada como de acolhida, mas que pode acabar vulnerabilizando ainda mais os sujeitos migrantes. (MORO, 2015)

A atenção em saúde deve ser orientada a considerar antecedentes culturais frente às propostas de intervenção. Para tanto, é necessário fatores que influenciam na identidade cultural dos indivíduos favorecendo sua adaptação ao país de acolhida, ciente de que esta adaptação não incide no abandono dos valores e das normas do local de origem (TOPA; NEVES, NOGUEIRA, 2013; LÓPEZ, 2010).

A discussão em torno da transculturalidade transita entre a necessidade de assegurar o acesso universal à saúde – reduzindo riscos e vulnerabilidades - e incorporar as diversas perspectivas culturais existentes a fim de garantir o cumprimento dos princípios dos Direitos Humanos (RODRIGUEZ-MARTIN, 2015).

5 | CONCLUSÃO

Os dispositivos de saúde devem estruturar-se de forma que o cuidado seja, de fato, universal. A perspectiva transcultural fornece uma alternativa à afirmação dessa universalidade ao se dispor para o encontro e diálogo entre culturas.

REFERÊNCIAS

- ACNUR. **Protegendo refugiados no Brasil e no mundo**. 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/02/CARTILHA-ACNUR2019.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2019.
- LÓPEZ, M. L. G. **Psiquiatria transcultural. A propósito de un caso**. *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, v. 30, n.108, pp. 639-644, 2010. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v30n4/06.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- MARANDOLA JR., E.; DAL GALLO, P. M. **Ser migrante: implicações territoriais e existenciais da migração**. *Rev. bras. estud. popul.* São Paulo, v. 27, n. 2, pp. 407-424, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v27n2/10.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- MORO, M. R. **Psicoterapia transcultural da migração**. *Psicologia USP*. São Paulo, v. 26, n. 2, pp. 186-192, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/102386/100709>. Acesso em: 30 jun. 2019.
- RODRIGUEZ-MARTIN, B. **Desafíos y oportunidades de las situaciones de contacto cultural en el ámbito sanitario**. *Index Enferm.* Granada, v. 24, n. 4, pp. 227-231, 2015. Disponível em: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-12962015000300008&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 19 abr. 2019.
- SOUZA, A. I. N.; SANTOS, J. A.; SANTOS, B. A. **Corpo migrante: extensão universitária e transculturalidade**. In: Simpósio PROMOB UFS/UFPB/PUC-Campinas - Interfaces Entre Psicologia Social e da Saúde. São Cristóvão, 2018.
- TOPA, J.; NEVES, S.; NOGUEIRA, C. **Imigração e saúde: a (in)acessibilidade das mulheres imigrantes aos cuidados de saúde**. *Saúde E sociedade*. São Paulo, v. 22, n. 2, pp. 328-341, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902013000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 abr. 2019.
- VENTURA, M. **Imigração, saúde global e direitos humanos**. *Cad. Saúde Pública*. v. 34, n. 4, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v34n4/1678-4464-csp-34-04-e00054118.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2019.

OBSTÁCULOS AO DESENVOLVIMENTO DO REFÚGIO

Thiago Raoni Marques Tieppo

Departamento de Pós-Graduação em Direito
Constitucional da UFF
Niterói – Rio de Janeiro

RESUMO: O refúgio representa o exercício de um direito de acolhimento após a fuga daquele que, em seu país, não encontra condições mínimas de sobrevivência. A universalização do instituto ocorreu com a Convenção de 1951. Além disso, documentos específicos, como a Convenção da Organização de Unidade Africana para Refugiados de 1969, a Declaração de Cartagena de 1984 e a Lei brasileira nº 9.474 de 1997, complementaram a proteção prevista na Convenção de 1951. A política de refúgio desenvolvida pelo Brasil revela forte inclinação na direção do modelo eurocêntrico de tratamento dos refugiados. Através de construções interpretativas do ordenamento jurídico, tem se evidenciado a sujeição do refúgio ao reducionismo de uma hermenêutica empregada em detrimento do intuito protetivo do instituto. É preciso romper com a colonialidade institucional observada no país e que, através do CONARE, continua a fazer com que o governo brasileiro reproduza a leitura eurocêntrica conferida ao refúgio.

PALAVRAS-CHAVE: refúgio, hermenêutica e colonialidade.

OBSTACLES TO REFUGEE DEVELOPMENT

ABSTRACT: The refugee represents the exercise of a right for being hosted after escaping from one's own country for not having the minimum conditions of survival. The universalization of the institute occurred with the 1951 Convention. Furthermore, specific documents, like the Convention of the Organization of the African Unit for Refugees from 1969, the Declaration of Cartagena from 1984 and the Brazilian Law number 9.474/1997, complemented the protection predicted in the Convention from 1951. The policy of refuge developed in Brazil, revealed strong tendency towards the Eurocentric model of refugee's treatment. By means of the interpretative constructions of the legal system, it has been evident the subjection of refuge to the reductionism of a hermeneutics employed in detriment of the protective intention of the institute. It's necessary to rupture with the institutional coloniality observed in the country and that, through CONARE, continues to make that the Brazilian government reproduces the Eurocentric reading in relation to refuge.

KEYWORDS: refugee, hermeneutics and coloniality.

1 | SURGIMENTO DO INSTITUTO

O refúgio se insere no direito de asilo em sentido amplo, do qual também fazem parte o asilo diplomático e o asilo territorial. Todos previstos no inciso I do artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que dispõe sobre o direito de qualquer pessoa perseguida solicitar asilo em outro Estado. O refúgio pode ser considerado uma modalidade de solidariedade internacional, regulada pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, e que também encontra amparo no inciso X do artigo 4º da Constituição Federal de 1988, devidamente regulamentado pela Lei nº 9.474/1997.

O refúgio, enquanto instituto, surgiu na década de 20 em razão do elevado número de pessoas que fugiam da recém-criada União das Repúblicas Socialistas Soviéticas - URSS, com a criação, ainda no âmbito da Liga das Nações, do Alto Comissariado para Refugiados Russos. Em seguida, outros movimentos de fuga em massa exigiram a ampliação dos grupos objeto de proteção. Do genocídio armênio decorreu a primeira ampliação do Alto Comissariado para Refugiados (1924). Posteriormente, em 1927, o órgão passou a contemplar também os refugiados assírios, turcos e montenegrinos.¹

Assim, o sistema de proteção aos refugiados sofreu sucessivas alterações que culminaram, após as 40 milhões de pessoas em fuga em decorrência da Segunda Guerra Mundial, na criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) em 1º de janeiro de 1950. Para este órgão, agora no âmbito da Organização das Nações Unidas, foi transferida a proteção dos migrantes forçados. Além disso, em 1951, foi adotada a Convenção de Genebra de 1951, marco institucional de positivação do instituto, que até hoje orienta as decisões sobre os pedidos de reconhecimento da condição de refugiado.

2 | EVOLUÇÃO DOS PARÂMETROS DE CONFIGURAÇÃO

A Convenção de 1951 ensejou, já naquele momento, uma modificação no parâmetro de caracterização do refúgio. Até então o *status* de refugiado era reconhecido a partir de critérios coletivos (reconhecimento *prima facie*) e, portanto, de natureza objetiva.² Era o pertencimento, por si só, a determinado grupo perseguido, por exemplo, em razão da etnia/raça, que qualificava alguém como refugiado. Mas, a Convenção passou a exigir também a demonstração da individualização da perseguição como condição para o reconhecimento do refúgio.

Podem-se identificar três fases na evolução do reconhecimento do status de refugiado: (1) a fase da perspectiva jurídica, que se estende de 1920 a 1935, e que se caracteriza pelo reconhecimento com base no pertencimento do indivíduo a uma dada coletividade dado que o Direito Internacional não reconhecia o indivíduo como sujeito de direitos; (2) a fase da perspectiva social, de 1935 a 1939, quando

1 JUBILUT, Lílana Lyra. O Direito Internacional dos Refugiados. São Paulo: Método, 2007, p. 75.

2 JUBILUT, Lílana Lyra. O Direito Internacional dos Refugiados. São Paulo: Método, 2007, p. 27-28.

se entendia os refugiados ainda coletivamente, como “produtos” de ocorrências sociais ou políticas; e (3) a fase da perspectiva individual, que perdura até os dias atuais e vislumbra o reconhecimento do status de refugiado a partir das condições de cada indivíduo.³

Segundo Hathaway, essa modificação gerou grande prejuízo ao instituto, passando a ser aplicado de modo mais seletivo por ampliar a discricionariedade dos Estados na proteção aos refugiados.⁴ Ao se exigir do solicitante de refúgio a prova individualizada da perseguição suscitada para a obtenção do acolhimento humanitário, a cessação do critério coletivo carregou as avaliações dos pedidos de refúgio de relevante subjetividade.

Não se pode imaginar, por exemplo, que uma pessoa em fuga, na iminência de ter sua vida ceifada pela atuação repentina de um exército extremista religioso que tenha invadido o seu vilarejo, ainda tivesse que se dedicar à colheita de futuros elementos de prova da perseguição sofrida.

No Brasil, a demonstração da perseguição sofrida ocorre através de um processo administrativo junto ao Comitê Nacional para Refugiados – CONARE que observa as orientações presentes no Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiados editado pelo ACNUR.⁵

Este, por sua vez, determina que os requerimentos de refúgio devem estar acompanhados de documentos que subsidiem o pedido. Além disso, estabelece que as declarações do pretendente ao acolhimento devem manter alguma correspondência com os fatos noticiados e conhecidos acerca das perseguições ou conflitos suscitados. Ocorre que o próprio manual reconhece a dificuldade de universalizar um padrão de avaliação dos pedidos de refúgio⁶ e, como na maioria dos casos os solicitantes não são capazes de trazer documentos demonstrativos da perseguição sofrida, é o depoimento deles, portanto, que constitui o elemento de prova mais importante que se dispõe.

Por outro lado, porém, considerando a subjetividade que acompanha os depoimentos prestados pelos requerentes do refúgio, o espaço de atuação discricionária dos agentes incumbidos da análise dos pedidos acaba sendo ampliado. Ainda que os pareceres confeccionados pelos agentes considerem os elementos objetivos e subjetivos, estes é que prevalecem na apreciação dos pedidos.⁷ E, considerando que

3 HATHAWAY, James C. *The law of refugee status*. Canadá: Butterworths, 1991 *apud* JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados*. São Paulo: Método, 2007, p. 27, nota de rodapé 16.

4 *Idem*.

5 ACNUR. *Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado*. De acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao estatuto dos refugiados. Brasília: ACNUR, 2013. Disponível em:

http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_critérios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado.pdf.

6 SOUZA, Fabrício Toledo. WALDELY, Aryadne Bittencourt. A verdade no processo de elegibilidade de refúgio no Brasil. *Anais do V Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia e Direito*, de 19 a 21 e novembro de 2014. p. 1218.

7 WALDELY, Aryadne Bittencourt. A governamentalidade da vida no reconhecimento de refúgio no Brasil. *Anais do V Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia e Direito*, de 19 a 21 de novembro

o ACNUR,⁸ assim como CONARE,⁹ têm entendido que a percepção da perseguição é essencial para o reconhecimento da condição de refugiado, o fator subjetivo adquire ainda mais relevância.

Por isso, Waldely destaca que:

Sendo concretizado o elemento objetivo, o governo brasileiro perderia parcela de sua prática política, uma vez que as evidências materiais da situação objetiva de um país de origem poderia lhes impor a obrigação de reconhecer os refugiados advindos desse país sem distinção frente a gritantes, graves e generalizadas violações de direitos humanos em países como a República Democrática do Congo. Já o elemento subjetivo pressupõe a necessidade de credibilidade do refugiado e veracidade da sua narrativa, quando não suscita a conveniência de carência de prova.¹⁰

Como destaca Waldely, em muitos casos não é fácil identificar a razão imediata da fuga. No âmbito do CONARE se observa que seus membros empreendem uma espécie de disputa com relação às interpretações que os elementos objetivos e subjetivos do requerimento de refúgio suscitam, havendo notória preponderância dos elementos subjetivos na decisão de elegibilidade.¹¹

Nesse sentido, o critério coletivo praticado em momento anterior à Convenção de 1951 afastava a margem discricionária atualmente presente nas decisões de reconhecimento da condição de refugiado.

Atualmente, como previsto na Convenção, a condição de refugiado é reconhecida em quase todo o mundo a qualquer pessoa que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Veja-se que estes cinco clássicos motivos para o reconhecimento da condição de refugiado constituem o padrão *mínimo* de proteção das pessoas que se encontram naquela condição, nada impedindo a ampliação das referidas motivações nos planos regionais e nacionais.

Nos anos seguintes à Convenção de 1951 outros atos normativos contribuíram para a solidificação do refúgio como instrumento humanitário de proteção de pessoas

de 2014, p. 1172.

8 MENEZES, Thais Silva. Direitos humanos e direito internacional dos refugiados: uma relação de complementaridade. 3º Encontro Nacional ABRI, 2011, p. 11. Disponível em <http://www.proceedings.scielo.br/pdf/enabri/n3v3/a50.pdf>.

9 LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Brasília: ACNUR, MJ. 2010, p. 77. Disponível em http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2010/Refugio_no_Brasil.pdf

10 WALDELY, Aryadne Bittencourt. Op. Cit.

11 WALDELY, Aryadne Bittencourt. A governamentalidade da vida no reconhecimento de refúgio no Brasil. Anais do V Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia e Direito, de 19 a 21 de novembro de 2014, p. 1171-1172.

em fuga. Em 1967, a Convenção de Genebra foi ampliada pelo Protocolo de Nova Iorque, que pôs fim à limitação geográfica a partir da qual apenas refugiados europeus poderiam ser protegidos pela Convenção. Também foram editados documentos regionais, como a Convenção da Organização de Unidade Africana para Refugiados de 1969 e a Declaração de Cartagena de 1984 que complementaram a Convenção de 1951.

Destaca-se na Convenção da Organização de Unidade Africana para Refugiados de 1969:

[...] 1 - Registando com inquietação a existência de um incessante número crescente de refugiados em África e, desejosos de encontrar os meios de atenuar a sua miséria e sofrimento e de lhes assegurar uma vida e um futuro melhores;

2 - Reconhecendo que os problemas dos refugiados devem ser abordados de uma maneira **essencialmente humanitária** para se encontrar uma solução; [...]

Art. 1º, 2: O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a **acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública** numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutra lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade. (grifos nossos)

Por sua vez, a Declaração de Cartagena de 1984 prevê que:

[...] face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a **extensão do conceito de refugiado** tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1, parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, **além de conter os elementos da Convenção de 1951** e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência, generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (grifo nosso)

Estas, ao disporem sobre o reconhecimento da condição de refugiado àqueles que estejam em fuga de graves e generalizadas violações de direitos humanos ou acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública, acabaram por conceber que as pessoas que se encontram em situação mais vulnerável devem ser objeto de acolhida mais flexível, abrangente e inclusiva, independentemente da forma através da qual aquela se materialize.

3 | HERMENÊUTICA DECOLONIAL DA LEI Nº 9.474/1997

No Brasil, a ratificação da Convenção de 1951 se deu em 30/01/1961. E, apenas

em 1997, foi editada a Lei nº 9.474/1997 que assim dispôs:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - **devido a grave e generalizada violação de direitos humanos**, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (grifo nosso)

A Lei nº 9.474/1997, influenciada pela Declaração de Cartagena de 1984, incorporou como motivação para a concessão do refúgio as situações relacionadas a “graves e generalizadas violações de direitos humanos” (artigo 1º, inciso III), ampliando os cinco motivos clássicos contidos na Convenção de 1951 para o reconhecimento do refúgio (fundado temor de perseguições de conteúdo racial, nacionalidade, opinião política, religião e pertencimento a um grupo social), que se limitam às violações de direitos humanos decorrentes da luta pelo exercício de direitos políticos e civis.

Nesse contexto, é oportuna a menção ao trabalho de pesquisa desenvolvido por Michael Reed-Hurtado sobre a Declaração de Cartagena e as interpretações do conceito de refúgio que decorreram dela, inclusive no Brasil. Segundo Hurtado, o processo que culminou na Declaração de Cartagena assumiu a missão de criar mecanismos que efetivassem princípios humanitários capazes de solucionar a crise de refugiados na América Latina, como era o caso dos colombianos em fuga dos conflitos armados entre o Governo e as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARC, e como é atualmente com os venezuelanos. Buscou-se criar um pacto para a proteção de pessoas ameaçadas pela crescente violação de direitos humanos ou outros fatores que estivessem comprometendo a ordem pública de forma grave. Tratava-se um amplo compromisso humanitário.¹² A redação do refúgio foi construída de forma ampliada, com o notório objetivo de contemplar o acolhimento de cada vez mais pessoas com necessidade de proteção internacional:

[...] 'la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a 'las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público'.¹³

No entanto, segundo Michael Reed-Hurtado, atualmente a Declaração de

12 HURTADO, Michael Reed, The Cartagena Declaration on Refugees and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence in Latin America, United Nations High Commissioner for Refugees, 2013. Disponível em <http://www.unhcr.org/51c800fe9.pdf>. Acesso em 13/02/2017.

13 Ibid, p. 04, n.03.

Cartagena está reduzida a uma mera definição regional de refugiado. Firmado o compromisso no plano dogmático, no aspecto prático a declaração não tem sido observada, encontrando-se cada vez mais esvaziada. Apesar de a proteção humanitária ter sido o objetivo real da Declaração de Cartagena, a maioria dos países deixou de observá-la, realizando interpretações restritivas que diminuem o envolvimento do Estado com os refugiados.

Relativamente ao Brasil e à Lei nº 9.474/1997, Michael Reed-Hurtado sustenta que o conceito de refugiado sofreu relevante limitação ao se entender que o solicitante do refúgio deve demonstrar que foi “forçado” ou “obrigado” a deixar seu país, acrescentando-se, conseqüentemente, o elemento coerção como motivação da fuga, nos termos do inciso III do artigo 1º, segundo o qual será reconhecido como refugiado aquele que “devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”. A redação vai, portanto, contra o recomendado pela Declaração de Cartagena, que apenas exigiu ter sido a fuga uma consequência genérica da ameaça à vida, segurança ou liberdade geradas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou grave perturbação da ordem pública. Segundo Hurtado, levando em consideração a atual redação do referido dispositivo, o Brasil foi o país da América Latina que mais se distanciou do texto da Declaração de Cartagena, ao impor essa limitação.

Associada à subjetividade das avaliações feitas sobre os pedidos de refúgio dirigidos ao CONARE, deve-se atentar para algumas questões de índole hermenêutica, cuja inobservância podem comprometer a efetividade deste direito humanitário.

A primeira se refere ao cumprimento de princípios constitucionais aplicáveis ao refúgio e que devem ser respeitados tanto durante as entrevistas às quais os solicitantes são submetidos, como durante a confecção do respectivo parecer e por ocasião dos julgamentos posteriormente realizados.

A ampliação do conceito de refugiado é uma resposta humanitária que se tornou necessária já que as violações de direitos humanos que vem provocando a fuga de pessoas para outros países não acabaram e, muito pelo contrário, tem se apresentado de outras formas não previstas na Convenção de 1951. Além disso, a vida, a segurança e a dignidade humana são valores que constituem o fundamento da normatividade nacional e internacional com relação aos problemas humanitários e, em particular, ao refúgio.¹⁴

Nesse sentido, a interpretação ampliada do inciso III do artigo 1º da Lei nº 9.474/1977 encontra amparo em diversos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da prevalência dos direitos humanos. Estes, face à natureza humanitária do instituto, obrigam a uma exegese

14 ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Direito dos refugiados: uma leitura com fundamento nos princípios constitucionais. Ed. Empório do Direito, 14 abr. 2016. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/direitos-dos-refugiados/>.

mais inclusiva do refúgio.

É oportuno destacar que os princípios são normas jurídicas com relevante carga axiológica que, consagrando valores e/ou identificando fins a serem realizados, aplicam-se diretamente a partir de seu enunciado ou através de ponderações em caso de colisão com outras normas de igual hierarquia. Diferenciam-se, por conseguinte, das regras, que não comportam exceções e são aplicadas segundo a lógica do tudo ou nada. Além disso, os princípios desempenham importante papel integrativo, em razão do que se tornam fontes de direitos não enumerados e critério de preenchimento de lacunas normativas.¹⁵

Daí a importância dos princípios, em especial aqueles acima mencionados, para o refúgio. Mas, ao que parece, é justamente a lógica do tudo ou nada que vem orientando a interpretação conferida pelo CONARE ao inciso III do artigo 1º da Lei nº 9.474/1997, pois mesmo diante da generalidade da redação conferida a este dispositivo legal, o órgão não admite a possibilidade do acolhimento humanitário através do refúgio que não decorra de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas (artigo 1º, inciso I, Lei nº 9.474/1997).

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra amparo no artigo 1º, inciso III, CF/88, enquanto um dos fundamentos do Estado brasileiro. Também tem abrigo no artigo 1º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ao dispor que “Todas as pessoas nascem livres e iguais e dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”*. São normas que impedem, portanto, a degradação humana a uma circunstância semelhante a de um animal ou coisa.

No caso dos refugiados, segundo Alarcón,¹⁶ a dignidade humana pressupõe que o ser humano é merecedor de ações que afastem seu risco de vida e outros fatores que o impulsionam à fuga. A negação da qualidade de refugiado, nestes casos, converte o ser humano em coisa, objeto da indiferença e da insensibilidade diante da sua condição factual.

Nesse sentido, o princípio da dignidade humana tem eficácia direta sobre o refúgio, determinando que os valores e fins abrigados naquele condicionem o sentido, o alcance e a determinação do conteúdo da Lei nº 9.474/1997, além da adequação desta ao sistema constitucional brasileiro. Vale dizer, a aplicação do ordenamento jurídico dirigido aos refugiados impõe a inviolabilidade da dignidade humana destes e a garantia de uma série de direitos fundamentais, entre os quais estão o direito à vida, à integridade física e o direito à igualdade, no sentido de que todas as pessoas devem ter suas vidas preservadas e possuem o mesmo valor intrínseco e, portanto,

15 BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010, p. 12-13. Disponível em

http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf.

16 ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Direito dos refugiados: uma leitura com fundamento nos princípios constitucionais. Ed. Empório do Direito, 14 abr.2016.

merecem igual respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição.¹⁷

Destaca-se, também, a importância do princípio da solidariedade (artigo 3º, inciso I, CF/88) para a avaliação da atual política de refúgio desenvolvida no país. Apesar do risco de sofrer leituras vinculadas exclusivamente ao campo da ética, trata-se de norma constitucional que impõe ao Estado brasileiro a necessidade de responder com satisfação às perseguições sofridas pelos povos de outros países que procurarem acolhimento em seu território. A solidariedade, segundo Dussel, não se confunde com a mera fraternidade. Ela representa uma espécie de responsabilidade jurídica pelo outro, que impõe a garantia da emancipação dos excluídos em face às vicissitudes do Estado.¹⁸ Por conseguinte, o princípio da solidariedade se opõe às interpretações reducionistas conferidas ao inciso III do artigo 1º da Lei nº 9.474/1997, pois traduz um dever jurídico reconhecido pelo constituinte de 1988 e destinado à construção de melhores condições para o desenvolvimento das potencialidades dos seres humanos,¹⁹ inclusive dos povos refugiados.

Destaca-se, por fim, o princípio da prevalência dos humanos, contemplado pelo artigo 4º da Carta Magna. Trata-se de norma constitucional que impõe ao Brasil a adoção de medidas de caráter humanitário que encontram no refúgio amplo espaço de atuação e que, desta forma, ensejam críticas diretas às limitações das atuais causas de migração forçada reconhecidas pela Convenção de 1951. Além disso, também obriga o Estado brasileiro ao oferecimento de respostas satisfatórias para emergências inerentes ao refúgio, além da concessão de assistência aos refugiados.²⁰

A segunda questão de caráter hermenêutico se refere à interpretação reducionista que o CONARE tem conferido ao artigo 1º, inciso III, Lei nº 9.474/1997, que permanece limitada às previsões contidas na Convenção de 1951. A continuidade deste posicionamento desperta a necessidade de alternativas interpretativas capazes de romper com a matriz epistemológica (europeia) do refúgio. As atuais limitações do sistema brasileiro de proteção aos refugiados decorrem da reprodução de um “direito” hegemônico (Convenção de 1951), legitimado num passado colonialista e, portanto, ainda não inteiramente comprometido com o acolhimento de todos os “tipos” de refugiados. É preciso, por isso, empreender as experiências descolonizadoras transmitidas pela Convenção Africana para Refugiados e pela Declaração de Cartagena.

A construção do pensamento hermenêutico jurídico brasileiro, na linha de pensamento decolonial, precisa rejeitar perspectivas de caráter monotópico,²¹ como

17 BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 23.

18 DUSSEL, Enrique. *20 tesis de política*. Caracas: Fundación Editorial El perro y la rana, 2010, p. 157-160.

19 Idem.

20 Idem.

21 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica Jurídica Crítica e Crítica Latino Americana: repensando um novo marco teórico*. In: Alexandre Walmott Borges; João Maurício Leitão Adeodato; Iara Rodrigues de Toledo. (Org.). *25 anos da Constituição Cidadã: os atores sociais e a concretização sustentável dos objetivos da República*. Florianópolis: H55ed., FUNJAB, 2013, p. 18. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=10f->

ainda se observa no refúgio, cujo sujeito cognoscente (CONARE) permanece fiel aos parâmetros da Convenção de 1951. Mignolo destaca a importância de uma hermenêutica pluritópica, aquela que, numa perspectiva pedagógica emancipatória, não seja construída exclusivamente pelos povos do norte. E, nesse sentido, ressalta que:

[...] a semiose colonial exige uma hermenêutica pluritópica pois, no conflito, nas fendas e fissuras onde se origina o conflito, é inaceitável uma descrição unilateral. [...] O problema não é descrever na "realidade" os dois lados da fronteira. O problema é fazê-lo a partir de sua exterioridade (no sentido de Levinas). O objetivo é apagar a distinção entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido, entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido, entre um objeto "híbrido" (o limite como aquilo que é conhecido) e um "puro" sujeito disciplinar ou interdisciplinar (o conhecedor) não contaminado pelas questões limiares que descreve.²²

A observância de parâmetros exclusivamente eurocêntricos simplifica o mundo e nega os diferentes modos de pensar. Promovem-se vieses polarizados, imperialistas e utilitaristas de ver, conceber e interpretar, respectivamente, os estados periféricos, seus povos e os instrumentos normativos voltados, por exemplo, ao acolhimento dos refugiados.

Nesse sentido, ao comentar trecho de obra de Juan Bautista Alberdi,²³ Aguilar aponta que o credo na superioridade de outros povos constitui o elemento fundador da dependência latino-americana:²⁴

La tierra no es la patria, dice Alberdi, la patria va a ser Europa. [...] "Nosotros los que nos llamamos americanos, no somos otra cosa que europeos nacidos en América. Cráneo, sangre, color, todo es de fuera." Nada es de esta América, ni el nombre. Por ello, la tierra, sus riquezas, sus indígenas, no son ni pueden ser otra cosa que instrumento para la realización de los proyectos de Europa y sus hombres, aunque éstos no habiten ya la Europa y se hayan establecido en América.

[...] Alberdi hablará también, aún con más precisión del nulo mestizaje que ha de ser constituido. Un mestizaje que no es ya aquel que había sido heredado de la colonización española. Un mestizaje positivo, el de lo mejor de los pueblos; no ya mestizaje de lo más negativo. No ya el mestizaje de la unión con razas inferiores, como fue el realizado por el español mezclándose con indios y negros, sino el mestizaje de los mejores americanos con las mejores razas europeas. Era éste, el mestizaje ya alcanzado por los Estados Unidos de Norteamérica, posibilitando su grandeza como pueblo civilizado.²⁵

Para Dussel, a libertação latino-americana, por exemplo, deve partir do desenvolvimento de uma forma própria de pensar:

fbba2ec9025b9.

22 MIGNOLO, Walter. *Histórias Locais/Projetos Globais –colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 42.

23 ALBERDI, Juan Bautista. *Bases: y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Fundación Bases, 1914, p. 45. Disponível em <http://www.hacer.org/pdf/Bases.pdf>.

24 AGUILAR, Leopoldo Zea. *La historia en la consciencia americana*. In: *Anuario de Filosofía*, Dianoia, n. 3, 1957, p. 75.

25 *Ibid*, pp. 57 e 60.

Es por eso por la que en América latina el tema es: cotidianidad latinoamericana. Si la filosofía se limita a pensar la filosofía no está en el tema. Pensar la cotidianidad es filosofar; interpretar ontológica o existencialmente la cotidianidad existencial.

[...] Esto es lo que hay que cuestionar, porque América latina es exterior a ese mundo que tiene por centro un "yo" europeo. Cuando Heidegger dice "el hombre existe", está afirmando la existencia de Europa y la descripción la hace desde su tradición a la que toma como la tradición de todo hombre.

América latina es exterior, como América latina, pero de hecho está siendo considerada por Europa como "interior" a ella.

[...] Heidegger, no considera el problema ético. Su mundo es único, incondicionado, pero subrepticamente es europeo; el Otro no entra como categoría posible.²⁶

Fanon também destaca que o empreendimento de projetos de descolonização exigiria, fundamentalmente, profundas modificações no Ser, que precisaria deixar de estar reduzido a um mero espectador, sobrecarregado de inessencialidade, para ser transformado em ator privilegiado, capaz de imprimir ritmo próprio à história, desta vez sob nova linguagem e humanidade.²⁷ A descolonização “é, em verdade, criação de homens novos”.²⁸

Conforme destacado por Aníbal Quijano, a colonialidade, enquanto elemento constitutivo do modelo eurocêntrico de poder que domina o mundo, sustenta-se a partir da classificação racial/étnica das sociedades e se reflete nos planos materiais e subjetivos do comportamento humano, inclusive no ambiente político, o que certamente atinge o refúgio. Ela difere do colonialismo, que representava uma estrutura de controle da autoridade política, do trabalho, dos insumos e dos meios de produção de uma nação por outra, o que, porém, nem sempre se refletia em relações raciais ou étnicas de supremacia cognitiva, como atualmente se observa. Mantendo vivos na práxis jurídico-política brasileira os reflexos da hegemonia do modo ocidental de pensar, a colonialidade ainda sobrevive ao colonialismo.²⁹

Impõe-se, portanto, o rompimento com a hermenêutica jurídica tradicional em favor de perspectivas inovadoras, que contemplem as necessidades dos povos do sul e, por conseguinte, mais pobres, traduzindo experiências que, não obstante a divergência eurocêntrica, sejam capazes de ensejar o acolhimento de um número maior de refugiados atingidos por graves e generalizadas violações de direitos humanos, ainda que se vislumbre uma espécie de “atipicidade” diante das causas para o refúgio previstas na Convenção de 1951.

Além disso, o tratamento restritivo eventualmente conferido ao refúgio põe em evidência um relevante obstáculo à universalização dos direitos humanos, cuja consumação, por outro lado, enfraquece uma pré-condição política de existência do

26 DUSSEL, Enrique. *Introducción a la filosofía de la liberación. Ensayos Preliminares y Bibliografía*. 5ª ed. Bogotá: Editorial Nueva América, 1995, p. 230-233.

27 FANON, Frantz. *Os condenados da Terra*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1968, p. 26. Disponível em https://drive.google.com/file/d/0B2_ZK-qR9WEKRmV4N01seGs2MTA/view?pref=2&pli=1. Acesso em 16/02/2017.

28 Idem.

29 QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do Poder e Classificação Social*. In: MENESES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Sousa (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Edições Almedina. AS, 2009, p. 73.

Estado-Nação, já que o estrangeiro, distante e excluído, é muitas vezes utilizado para justificar medidas de reafirmação da soberania dos Estados, as políticas internas de proteção nacional e a preservação de identidades culturais.³⁰

Cito passagem da obra de Costa Douzinas sobre o assunto:

A lei trata o refugiado como um sintoma recorrente e emprega uma série de estratégias de repúdio e negação na tentativa de proteger o sujeito e a comunidade do reconhecimento de seu trauma constitutivo. (...) O refugiado é o Outro absoluto. Ele representa de uma maneira extrema, o trauma que assinala a gênese do Estado e do Eu e coloca em xeque as reivindicações de universalização dos direitos humanos. (...) **Tornar-se mais ou menos humano por meio da distribuição vigiada dos direitos é o jeito moderno de criar o sujeito como animal social.**³¹ (grifo nosso)

4 | CONCLUSÃO

O contexto acima descrito exige, em momento preliminar, o rompimento com as falsas premissas que distorcem a verdadeira orientação da política de refúgio desenvolvida no Brasil. Aliás, nesse aspecto, repete-se o mesmo equívoco que os veículos de informação europeus parecem cometer ao investirem em coberturas que reiteradamente traduzem a chegada de refugiados ao solo europeu como uma “invasão” desenfreada e sem limites, querendo convencer o mundo de que a Europa constitui o maior e principal destino dos refugiados do planeta. Mas, sabe-se que, na realidade, aproximadamente 90% da população refugiada do planeta se encontra em países como Líbano, Turquia, Jordânia e a República Democrática do Congo.³² São os países mais pobres, os países do hemisfério sul, que acolhem o maior número de refugiados.³³

Trata-se, portanto, de processo (des)informativo que fortalece os movimentos de resistência ao acolhimento de refugiados, alimenta as interpretações restritivas conferidas aos atos normativos relacionados ao refúgio, intensifica movimentos de natureza xenofóbica e justifica discursos políticos de governo de resistência aos refugiados e imigrantes em sentido amplo.

A resistência ao refúgio está, nesse sentido, inserida num amplo processo de manutenção de submissão de alguns povos em relação a outros, que se reproduz nos planos mundial e nacional e se vale, principalmente, de orientações de conteúdo pedagógico que encobrem a opressão dos povos imperialistas e elitistas sobre os

30 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. ROBLES, Manuel E. Ventura. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, ACNUR, 2003, p. 206. “Não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade”.

31 DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: UNISINOS, 2009, p. 363-376.

32 ACNUR. Estatísticas. ACNUR, Genebra, 20 jun.2016. Disponível em <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>.

33 ACNUR. Deslocamento forçado atinge recorde global e afeta uma em cada 113 pessoas no mundo. ACNUR, Genebra, 20 jun.2016. Disponível em <http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/deslocamento-forcado-atinge-recorde-global-e-afeta-uma-em-cada-113-pessoas-no-mundo/>.

demais considerados periféricos.³⁴ É isso o que se tem observado com relação ao refugiado, reiteradamente apontado como uma ameaça e objeto de abordagens jurídicas e políticas destinadas à restrição de seu acolhimento humanitário.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Leopoldo Zea. *La historia en la consciencia americana*. In: *Anuario de Filosofía*, Dianoia, n. 3, 1957.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Direito dos refugiados: uma leitura com fundamento nos princípios constitucionais**. Ed. Empório do Direito, 14 abr. 2016.

ALBERDI, Juan Bautista. **Bases: y puntos de partida para la organización política de la República Argentina**. Buenos Aires: Fundación Bases, 1914.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público**. Mimeografado, 2010.

DOUZINAS, Costa. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

DUSSEL, Enrique. *Introducción a la filosofía de la liberación. Ensayos Preliminares y Bibliografía*. 5ª ed. Bogotá: Editorial Nueva América, 1995.

FANON, Frantz. **Os condenados da Terra**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1968.

HATHAWAY, James C. *The law of refugee status*. Canadá: Butterworths, 1991 *apud* JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados*. São Paulo: Método, 2007.

HURTADO, Michael Reed. *The Cartagena Declaration on Refugees and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence in Latin America*. United Nations High Commissioner for Refugees, 2013.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados**. São Paulo: Método, 2007.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI**. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, 2010.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica Jurídica Crítica e Crítica Latino Americana: repensando um novo marco teórico**. In: Alexandre Walmott Borges; João Maurício Leitão Adeodato; Iara Rodrigues de Toledo. (Org.). *25 anos da Constituição Cidadã: os atores sociais e a concretização sustentável dos objetivos da República*. Florianópolis: H55ed., FUNJAB, 2013.

MENEZES, Thais Silva. **Direitos humanos e direito internacional dos refugiados: uma relação de complementaridade**. 3º Encontro Nacional ABRI, 2011.

MIGNOLO, Walter. **Histórias Locais/Projetos Globais –colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar**. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do Poder e Classificação Social**. In: MENESES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Sousa (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

34 DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Trad. de George I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995, p. 18.

SOUZA, Fabrício Toledo. WALDELY, Aryadne Bittencourt. **A verdade no processo de elegibilidade de refúgio no Brasil**. Anais do V Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia e Direito, de 19 a 21 e novembro de 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. ROBLES, Manuel E. Ventura. ***El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos***. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, ACNUR, 2003.

WALDELY, Aryadne Bittencourt. **A governamentalidade da vida no reconhecimento de refúgio no Brasil**. Anais do V Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia e Direito, de 19 a 21 de novembro de 2014.

O DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA PARA OS REFUGIADOS E OS OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PARA SUA EFETIVAÇÃO

Brunela Vieira de Vincenzi

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – Ufes (1997), mestra em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (2002) e Doutora em Direito Civil, Constitucional e Filosofia do Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität – Frankfurt am Main (2007). Estágio de Pós-Doutorado no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e no Institut für Sozial forschung em Frankfurt am Main, na Alemanha (2009-2010). Professora Titular do Departamento de Direito da Ufes. Vitória. Brasil.

Manuela Coutinho Costa

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES (2017), mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Priscila Ferreira Menezes

Graduada em Direito pela Faculdade São Geraldo (2016), mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

RESUMO: O crescente fluxo migratório forçado tem tomado proporções alarmantes e atraído a atenção dos Estados, impelindo-os a lidar com a temática do refúgio. Diante disso, surgem novas questões a ser enfrentadas, dentre as quais a necessidade de conceder proteção adequada aos refugiados pelos Estados acolhedores, que se reveste de caráter jurídico, não apenas pela própria natureza do status a eles concedido, mas também pelos direitos assegurados nacional e

internacionalmente. Nesse cenário, o presente artigo pretende analisar a garantia processual de acesso à justiça para os refugiados e requerentes de refúgio no Brasil como o principal dos direitos do ser humano, investigando os obstáculos normativos, estruturais e institucionais cotidianamente enfrentados pelos refugiados e solicitantes de refúgio ao buscar acesso aos direitos legalmente assegurados, com o fim de proporcionar substrato teórico para o aperfeiçoamento das políticas públicas direcionadas à população refugiada e conferir uma proteção integral e efetiva a esse público.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Direito dos Refugiados. Obstáculos. Proteção integral.

THE HUMAN RIGHTS OF ACCESS TO JUSTICE FOR REFUGEES AND THE OBSTACLES COVERED FOR THE EFFECTIVENESS

ABSTRACT: The increasing flow of forced migration has taken on alarming proportions and, consequently, attracted the attention of States, impelling them to deal with refugee issues. As a result, there are new issues to be addressed, among which the need to provide refugee refugees with adequate protection, which is of a legal nature, not only because of the very nature of the status granted to them, but also rights guaranteed nationally and internationally. In view of this scenario, a procedural guarantee

of access to justice for refugees and asylum-seekers in Brazil as the main human rights will be analyzed, investigating obstacles normative, structural and institutional problems faced by refugees and asylum-seekers in seeking access to legally secured rights, in order to provide a theoretical basis for the improvement of public policies aimed at the refugee population, with a view to granting a full and effective protection to those refugees.

KEYWORDS: Access to justice. Refugee Law. Obstacles. Integral protection.

1 | INTRODUÇÃO

O agravamento das situações de conflito ao redor do mundo, geradoras de violência e intolerância, implicam o aumento do fluxo migratório forçado, de modo que o contingente de deslocamento humano atingiu patamar crítico emergencial na história contemporânea.

Com o total de 65,6 milhões (UNHCR, 2016, p. 02) de pessoas ao redor do planeta produto dessa realidade, é possível inferir que uma a cada 113 pessoas no mundo é solicitante de refúgio, deslocada interna ou refugiada (ACNUR, 2017), sendo que 22,5 milhões dessa população configuram-se refugiados, consistindo no cenário mais alarmante desde o fim da 2ª Guerra Mundial.

Tal realidade impacta o cenário brasileiro à medida que o país tem sido apontado como um modelo de acolhida e proteção à população refugiada na América do Sul (ACNUR, 2017), de maneira que já foi reconhecido, até o final de 2016, um total de 9.552 refugiados de 82 nacionalidades (ACNUR, 2017). Muito embora em termos isolados esse número aparentemente não seja relevante, as estatísticas do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE, 2017) revelam um crescimento do número de refugiados reconhecidos no território brasileiro ano após ano, sendo que em 2016 houve um aumento de 12% no número total de refugiados reconhecidos no país.

Nesse contexto, verifica-se que a temática do refúgio tem tomado importante e crescente proporção no Brasil, restando clarividente a patente necessidade de compreensão e aprofundamento da matéria, especificamente acerca da concessão de proteção integral (JUBILUT, 2011, p. 163) aos refugiados recepcionados pelo país.

No plano internacional, a Convenção sobre o Estatuto de Refugiado, aprovada pela Assembleia Nacional da ONU em 1951 e o Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados estabelecem os padrões mínimos de proteção aos refugiados, os quais foram institucionalizados no Brasil por meio da edição da Lei nº 9.474/97 e, mais recentemente, pela Lei nº 13.445/17, ampliando a proteção e acolhida à população refugiada internamente (JUBILUT, 2008, p. 12).

Com base nesse acervo legislativo e após extensa construção doutrinária, considera-se refugiado, atribuindo tal *status*, aquele que sofre perseguição em seu Estado de origem e/ou residência habitual, em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, opinião política, pertencimento a determinado grupo social, e, complementado

pela legislação pátria, for vítima de grave e generalizada violação de direitos humanos.

Por força de tais instrumentos normativos, a proteção conferida ao refugiado e ao solicitante de refúgio, para além de caráter moral e de solidariedade, reveste-se principalmente de caráter jurídico (JUBILUT, 2011, p. 169), não apenas pela própria natureza jurídica dos diplomas, mas também pelos direitos neles assegurados.

Nesse contexto, pretende o presente artigo, realizando um corte metodológico na gama de direitos assegurados à população refugiada, aprofundar-se no estudo da garantia do direito de acesso à justiça.

Isso porque, “o acesso à justiça é o principal dos direitos do ser humano a ser efetivamente assegurado, pois é pelo seu exercício que serão reconhecidos os demais” (ANNONI, 2007). Assim, tal direito deve ser considerado como instrumento de realização da justiça e da proteção integral aos refugiados, tendo em vista que a maior ameaça aos direitos do ser humano consiste, justamente, na incapacidade do Estado em garantir sua efetiva realização (ANNONI, 2007).

Diante disso, busca-se averiguar quais os desafios enfrentados pelos refugiados e solicitantes de refúgio no Brasil para a efetivação do acesso à justiça, em três aspectos: a) de ordem normativa, envolvendo a legislação interna, regional e internacional, bem como as políticas públicas; b) estrutural, consistente nos aparelhos sociais disponíveis e; c) institucional, relativos aos órgãos governamentais, da sociedade civil e da comunidade internacional, baseando especialmente na pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, série Pensando o Direito, nº 57, “Migrantes Apátridas e Refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil.

Desse modo, a partir da efetivação do acesso à justiça, pretende-se obter um sistema jurídico por meio do qual se torna possível a reivindicação de direitos pelos indivíduos sob a tutela de um Estado que seja realmente acessível a todos e, ainda, produza resultados que sejam individual e socialmente justos (ANNONI, 2007).

Para isso, seguindo as lições de Miracy Barbosa de Sousa Gustin, adota-se a linha crítico-metodológica, associando-se à vertente jurídico-teórica e fazendo uso do método indutivo em ampla pesquisa bibliográfica.

2 | O ACESSO À JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS E SOLICITANTES DE REFÚGIO NO BRASIL

Inicialmente, cumpre destacar que o acesso à justiça é um princípio constitucional, alçado ao patamar de direito fundamental na Constituição de 1988, expresso no inciso XXXV do art. 5º.

Com efeito, faz-se necessário compreender, para o escopo desta investigação, a superação do paradigma de um conceito de acesso à justiça meramente formal, consistente na possibilidade de propor ou contestar uma ação (CAPPELLETTI, 1988,

p. 09) ou de meramente poder ingressar em juízo, para um acesso efetivo à justiça que deve ser concebido como requisito fundamental de um sistema jurídico igualitário, que pretenda de fato garantir e não apenas proclamar os direitos (CAPPELLETTI, 1988, p. 12).

Consoante preleciona Kazuo Watanabe (2009, p. 128), não se trata de viabilizar um acesso à Justiça apenas como instituição estatal, mas de possibilitar acesso a uma ordem jurídica justa, planejando um sistema jurídico, bem como suas instituições, pela perspectiva do povo, condizente com sua realidade e necessidade, sendo imprescindível que englobe:

[...] (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) *direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características*. (WATANABE, 2009, p. 135) (grifos nossos)

De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 73), o acesso à justiça pode ainda ser entendido como meio de “proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado”.

A garantia desse direito também se estende aos refugiados e solicitantes de refúgio, objeto desta pesquisa. A Convenção de 51, como tratado global que tutela especificamente o direito internacional dos refugiados, manifesta no segundo parágrafo preambular a intenção de assegurar aos solicitantes de refúgio e aos refugiados o exercício mais amplo possível dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, garantindo-lhes uma série de direitos dos quais se ressalta o direito de acesso à justiça (JUBILUT, 2011, P. 169).

No âmbito interno, a Lei nº 13.445/17, denominada nova lei de migração, em seu art. 3º, também garante ao migrante e, conseqüentemente, ao refugiado, em condição de igualdade com os nacionais, o direito de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória, o amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

É nessa perspectiva que o acesso à justiça pode ser concebido como o mais básico dos direitos humanos (CAPPELLETTI, GARTH, 1988. p. 12), especialmente quando considerada sua relevância na efetivação dos demais direitos formalmente assegurados, inclusive em plano internacional, pois, a positivação de direitos por si só é destituída de sentido se não acompanhada de mecanismos aptos a sua efetiva reivindicação. Desse modo, a garantia de acesso à Justiça configura-se, pois, como ferramenta indispensável para a efetivação dos direitos assegurados no sistema jurídico.

Ao compreender o direito de acesso à justiça como um instrumento de

concretização dos demais direitos positivados, afirma Annoni (2007)

O acesso à justiça é o principal dos direitos do ser humano a ser efetivamente assegurado, pois é pelo seu exercício que serão reconhecidos os demais. Este final de século viu nascer um novo conceito de direito ao acesso à justiça, garantindo-se ao cidadão, não apenas o direito de petição ao Poder Judiciário, mas sim, o direito fundamental à efetiva prestação da justiça.

Todavia, não obstante a previsão legal da garantia de acesso à justiça nos planos internacional e interno, infraconstitucional e, inclusive constitucionalmente, é cediço que a simples prescrição normativa não gera, em si mesmo, a concretização dos direitos previstos, principalmente no que se refere à temática proposta no presente trabalho concernente aos refugiados.

Dessa forma, verifica-se “uma enorme distância entre o que está posto nas normas do direito positivo e o anseio de justiça dos indivíduos” (VINCENZI, 2017, p. 388), sendo a redução dessa mencionada distância indispensável para a realização da Justiça e concessão de uma proteção integral e efetiva aos refugiados e solicitantes de refúgio que se encontram no país.

Em verdade, não basta que os direitos contemplem tão somente os estatutos jurídicos formais, sendo imprescindível, inclusive para proporcionar reconhecimento a essa população, que alcancem a completa efetividade na prática social, uma vez mais quando atuam como garantia da realização dos direitos humanos e dos refugiados.

Nesse aspecto, importa observar que a garantia de acesso à justiça configura-se de extrema relevância ao indivíduo refugiado, não apenas após a concessão do status de refugiado, mas em quatro momentos fundamentais (JUBILUT, 2007, p. 171): de início, com as causas que originam a necessidade de refúgio; durante o deslocamento do local de origem para o Estado acolhedor; quando da concessão da condição de refugiado e, por fim; na busca de uma solução durável para essa população.

Ora, no decorrer de todo esse percurso - antes, durante e após o processo de solicitação do *status* de refugiado – ele se encontra vulnerável e, portanto, suscetível de se tornar vítima de lesão aos seus direitos humanos, razão pela qual se revela essencial o recurso de acesso ao Judiciário para efetivar os direitos formalmente assegurados.

Com isso, retiram-se os refugiados e solicitantes de refúgio do limbo jurídico e social que os acomete, conferindo auxílio ao avanço do respeito aos direitos decorrentes da dignidade humana (JUBILUT, 2007, p. 166), para enfim, reconhecê-los e torná-los conscientes de sua completude - identidade, personalidade e direitos – para que possam expandir efetivamente na sociedade acolhedora em suas relações pessoais, de trabalho e de direitos (VINCENZI, 2013, p. 80).

Diante disso, partindo do entendimento de que a possibilidade de se recorrer ao Judiciário trata-se de mecanismo apto a alcançar a efetivação de direitos, diminuir

a distância entre o positivado e o alcançado e, especificamente na questão dos refugiados, criar um cenário mais humano e solidário (JUBILUT, 2007, p. 170), é que se compreende a garantia processual como instrumento de efetivação de direitos na ordem jurídica tanto interna quanto externa, almejando a concretização de uma justiça material e proteção integral aos refugiados e solicitantes de refúgio no Brasil.

Ao conceber o direito de acesso à justiça como um instrumento de concretização dos direitos positivados, é preciso compreendê-lo como uma “porta de entrada” para os direitos demais legalmente garantidos, pois é por meio dele que se reconhecem os demais. Nesse contexto, ressalta-se a ressignificação do termo “acesso à justiça” ocorrida ao final do século XX, pela qual não basta a garantia apenas ao direito de petição, mas, ao direito fundamental à efetiva prestação da justiça (ANNONI, 2008).

Fincada nesse arcabouço teórico, o direito de acesso à justiça para a população refugiada no plano interno figura como um meio de alcançar a totalidade de direitos formalmente garantida e, finalmente, atingir a proteção integral e efetiva aos refugiados enquanto modo de realização da justiça.

Dito isso, pergunta-se: há, de fato, acesso à justiça aos refugiados e solicitantes de refúgio presentes no país?

3 | PERCALÇOS ENCONTRADOS PELA POPULAÇÃO REFUGIADA NO CAMINHO AO ACESSO À JUSTIÇA

Em que pese ser a efetividade ser um conceito ambíguo e vago, relacionado à eficácia e à aplicação do direito de acesso à justiça, utiliza-se para os fins ora propostos, o conceito esculpido por Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 222), pelo qual a efetividade “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”, incluindo uma conduta negativa estatal de não violar direitos, bem como uma postura ativa do Estado no sentido de garantir condições de realização, respeito e proteção dos direitos humanos, os quais englobam o acesso à justiça.

A concepção de efetividade muito se relaciona com a de eficácia social, de modo que,

se há descompasso entre a incidência e a aplicação, demonstra-se que, ou a realidade social é diferente das normas prescritas, e então elas não representam com fidelidade os valores do grupo, ou o aparelhamento encarregado de realizar o direito é insatisfatório. (SOARES, 2012, p. 137)

Nesse sentido, ao lançar o olhar sobre a realidade fática, é possível verificar que a estrada para um acesso à justiça efetivo ainda é longa e repleta de obstáculos, especialmente para os refugiados e solicitantes de refúgio no país.

Na verdade, é cediço que uma igualdade absoluta entre o positivado e o real é um tanto quanto inatingível. Na mesma linha, já advertiam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 15), há 30 anos. Todavia, revela-se de extrema relevância investigar

onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida. (1988, p. 15)

No âmbito do direito migratório, do qual o direito internacional dos refugiados é espécie, torna-se necessário “verificar como são tratadas e protegidas essas pessoas que precisam ter proteção integral que abranja, de maneira destacada, a sua integração no país de acolhida” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 22).

Nesses termos, exsurge de suma importância para a identificação dos obstáculos enfrentados cotidianamente pelos refugiados e solicitantes de refúgio no Brasil, a pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), por meio da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) no Projeto Pensando o Direito, denominada “Migrantes, Apátridas e Refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.07).

A pesquisa é de caráter empírico e enfoque interdisciplinar, iniciada em 2013, e buscou, justamente, realizar uma análise fundamentada na questão das migrações e dos direitos humanos, partindo da mesma premissa estabelecida neste artigo, no sentido de que, há no Brasil alguns empecilhos para o acesso a atendimento e serviços enfrentados pelos migrantes, sendo que tais dificuldades relacionam-se também à efetivação de direitos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.19).

Nesses termos, a pesquisa objetivou sistematizar as informações obtidas em nível nacional, sobre os obstáculos enfrentados pelos migrantes ao acessar os serviços e direitos no país, com o fim de mapear as barreiras normativas, estruturais e institucionais, a partir de uma abordagem fundada em direitos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.19).

Dessa forma, para os objetivos estipulados no presente artigo, fora realizado um corte metodológico nos dados obtidos a partir do status migratório dos refugiados, que engloba tanto os refugiados propriamente ditos - ou seja, o indivíduo que alcançou o status normativo reconhecido pelo governo brasileiro e passou pelo processo de determinação do status de refugiado – quanto os solicitantes de refúgio, quais sejam, os migrantes que já iniciaram o procedimento de solicitação do status de refugiado, tendo formalizado o pedido de refúgio junto à Polícia Federal, mas ainda aguardam a decisão administrativa acerca da concessão ou não do referido status.

Além disso, foram utilizadas tão somente as informações relativas ao campo “acesso a direitos”, por se subsumir ao objeto desta pesquisa, notadamente porque o acesso à justiça pressupõe uma proteção jurídica adequada e a possibilidade de ter

acesso a direitos, garantindo a todos, em igualdade de condições, acesso aos meios que oportunizem conhecimento dos direitos dos quais é titular e, conseqüentemente, o seu exercício pleno.

Geograficamente, foram utilizados os dados fornecidos pelos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Amazonas, uma vez que foram os mais representativos na pesquisa, tendo sido realizadas o maior número de entrevistas, incluindo migrantes, instituições públicas e instituições da sociedade civil, além de representarem regiões e realidades diferentes do país, com estrutura ampla para atendimento e acolhimento de migrantes.

Dito isso, é possível observar, após detida análise dos dados, que, normativamente, apesar da elogiável introdução da recentíssima Lei nº 13.445/2017, denominada nova lei de migração, é necessário que o Brasil passe por uma revisão de seu marco jurídico, político e institucional no que se refere às migrações, em especial para averiguar a capacidade de atender as expectativas e regramentos internacionais que exigem a garantia, respeito e realização de direitos para todos os migrantes, independentemente do seu status migratório e da regularidade de sua situação (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 32).

Especificamente quanto aos obstáculos encarados pelos refugiados para acessar os direitos e a Justiça, em âmbito geral, destacaram-se a barreira do idioma (19,81%), da falta de documentação (16,98%) e a falta de informação (11,32%) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 140). Contudo, se observadas as realidades específicas das diferentes regiões do país, outros fatores também vêm a tona. Em Amazonas, além da falta de informação (34%), os migrantes elencaram como dificuldade a existência de obstáculos materiais (11,1%) e discriminação (7,4%) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 70). Já em São Paulo, o retrato em muito se assemelha ao resultado geral, sendo os maiores obstáculos a documentação (19,4%), o idioma (11%) e a informação (11%) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 126). No Rio Grande do Sul, por fim, sobressaem-se a falta de informação (25%), a discriminação (18,75%) e a carência de sensibilização e capacitação (12,5%) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 126).

O quadro narrado, em que se pode verificar uma gama de respostas, a depender da região abarcada, revela que, na verdade, não há um único obstáculo a ser transposto, mas um conjunto complexo de razões que levam a formação de obstáculos de acesso (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 151).

Desse modo, é urgente a remodulação das políticas públicas destinadas aos refugiados e solicitantes de refúgio no país. Isso porque, a temática relativa ao acesso ao direito e à Justiça extrapola a visão estritamente jurídica, tratando-se de um plexo de aspectos, como o político, econômico e social, que atingem diretamente as barreiras enfrentadas por esses migrantes.

Sendo assim, é mister que sejam estabelecidas políticas públicas específicas para os refugiados no Brasil pautadas nos direitos humanos, a fim superar os obstáculos vivenciados particularmente por esse público vulnerável, bem como que se permita

o acesso efetivo aos migrantes às políticas públicas já existentes (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 152).

O próprio Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), agência da ONU a quem incumbe a proteção e auxílio aos refugiados ao redor do mundo, indica que o Estado de acolhimento deve aceitar plenamente e apoiar ativamente a população refugiada, a fim de facilitar a integração local desses migrantes (HAYDU, 2011, p. 139). Dessa forma, é preciso que sejam empreendidos esforços tanto do Estado, em todos os seus poderes e níveis de atuação, como das organizações não-governamentais e da própria sociedade civil para proporcionar uma acolhida adequada e proteção efetiva aos refugiados e solicitantes de refúgio no Brasil.

4 | CONCLUSÃO

A ascensão de deslocados forçados no mundo, produto de situações de violência e conflitos, vem, pelo sétimo ano consecutivo alcançando nível recorde. A temática é complexa, pois abrange um fluxo diverso de pessoas que necessitam de um olhar protetivo e humanitário, do qual os refugiados fazem parte. Estes, perseguidos em razão de raça, religião, nacionalidade, opinião política, pertencimento a um grupo social ou vítima de situação de generalizada violação a direitos humanos, têm proteção internacional sob a responsabilidade do ACNUR, órgão vinculado à estrutura das Nações Unidas para amparar esse grupo e auxiliar na tutela de suas necessidades.

Esse panorama tem afetado, em certa medida, o Brasil, que ao longo dos anos tem mudado o perfil de país que exporta imigrantes, para um Estado acolhedor. Atualmente, o país tem sido visto como destino para o fluxo migratório forçado, e, por essa razão, é indispensável que a estrutura normativa e institucional ofertada a população refugiada seja devidamente analisada, a fim de se observar se tem se dispensado uma proteção integral e acolhida adequada, pautada em direitos humanos a esses migrantes.

Os refugiados, indivíduos que já possuem o status jurídico conferido pelo Ministério da Justiça, por meio do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), e os solicitantes de refúgio, os que já formalizaram o pedido do referido status, mas ainda aguardam o julgamento do processo de concessão ou não do refúgio, gozam igualmente dos direitos assegurados em âmbito internacional e nacional. Do extenso espectro de direitos garantidos a esse grupo, ressaltamos de extrema relevância o direito de acesso à Justiça, que pressupõe o acesso a direitos e abarca, ainda, o direito a remoção das barreiras que se colocam a um efetivo acesso à Justiça.

Essa garantia processual encontra-se assegurada na Constituição Federal, na Convenção de 51, diploma internacional de regência do direito internacional dos refugiados e, ainda a Lei nº 13,445/17, a Lei de migração que confere, em condição

de igualdade ao nacional, o amplo acesso à justiça ao refugiado. A importância deste direito reside justamente no fato de que pode ser considerado um “portão de entrada” ao sistema jurídico para a efetivação dos demais direitos positivados, sendo considerado o mais básico dos direitos humanos e também o principal, porquanto por meio de seu exercício, a ordem jurídica se torna acessível e os demais direitos podem ser reconhecidos.

Nesse sentido, cabe avaliar a efetividade deste direito no Brasil, averiguando o desempenho concreto dessa garantia na prática social, de modo que se verifique a aproximação entre o que se encontra positivado enquanto direito dos refugiados e solicitantes de refúgio e a prática social. Evidentemente, muitos obstáculos se transpõem a esses migrantes no Brasil, exurgindo de grande significância a pesquisa empírica publicada em 2015 pelo Ministério da Justiça, que mapeou justamente as barreiras vivenciadas pelos migrantes para acessar os direitos e a Justiça no país.

A falta de domínio do idioma é a barreira mais expressiva a ser ultrapassada pelos migrantes. A comunicação é uma necessidade básica do indivíduo quando chega ao território brasileiro e a não compreensão e impossibilidade de diálogo põem em risco o acesso à ordem jurídica e aos direitos que lhes são garantidos. Além disso, o fato de não possuírem documentos e não serem devidamente informados, somados à discriminação e falta de sensibilização e capacitação de servidores públicos constroem o cenário cotidianamente vivenciado pelos refugiados no país, de graves dificuldades no acesso aos direitos, serviços e à Justiça.

Em verdade, o caminho em direção a um efetivo acesso ao direito e à Justiça ainda é longo e tortuoso. Os fatores supramencionados permitem um diagnóstico da acolhida que tem sido dispensada a essa população e permitem, também, lançar um olhar prospectivo para aperfeiçoamento da política que vem se concedendo a esse grupo.

Faz-se necessário, de pronto, uma reformulação das políticas públicas aplicadas aos refugiados e solicitantes de refúgio, de modo que elas sejam condizentes com as peculiaridades dos migrantes e supram os desafios a eles antepostos, fundamentadas nos direitos humanos, bem como que lhes sejam assegurados efetivo acesso às políticas já existentes, a fim de que, de passo em passo, seja trilhado o caminho de uma proteção integral e acolhimento efetivo aos refugiados e solicitantes de refúgio no Brasil, a começar por um acesso desembaraçado a direitos e à Justiça.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). *Direitos e deveres dos solicitantes de refúgio e refugiados no Brasil*. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Direitos_e_Deberes_dos_Solicitantes_de_Refugio_e_Refugiados_no_Brasil_-_2012.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. *Estatísticas*, 2017. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>>.

Acesso em 27 out. 2018.

_____. *Plano de Ação do Brasil: um roteiro comum para fortalecer a proteção e promover soluções duradouras para as pessoas refugiadas, deslocadas e apátridas na América Latina e no Caribe em um marco de cooperação e solidariedade*. Brasília, 2014b. p. 7-19. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9866.pdf?view=1>>. Acesso em: 25 out. 2018.

ANNONI, Danielle. *O direito humano de acesso à justiça no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. Acesso à justiça e direitos humanos: a Emenda Constitucional 45/2004 e a garantia a razoável duração do processo. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Jul-dez. 2007. v.2, n.2. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/190>>. Acesso em 20 out. 2018.

_____. *O direito humano de acesso à justiça em um prazo razoável*. Tese de Doutorado. Florianópolis, 2006. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/89512>>. Acesso em 10 nov. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HAYDU, Marcelo. A integração de refugiados no Brasil. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011. p. 131-145.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

_____; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci O. S.. A população refugiada no Brasil: em busca da proteção integral. *Universitas Relações Internacionais*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 9-38, jul./dez. 2008.

_____. Refugee Law and Protection in Brazil: a model in South America? *Journal of Refugee Studies*. Oxford, v. 19, n. 1, p. 22-44, 2006. Disponível em <<http://www.cosmopolis.iri.usp.br/sites/default/files/trabalhos-academicos-pdfs/Journal%20of%20Refugee%20Studies-2006-Jubilut-22-44.pdf>>. Acesso em 25 out. 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Migrantes, Apátridas e Refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil*. Série Pensando o Direito, nº 57, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOARES, Carina de Oliveira. *O direito internacional dos refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: análise da efetividade da proteção nacional*. Dissertação de Mestrado. Maceió, 2012. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/O_direito_internacional_dos_refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 10 nov. 2018.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). *UNHCR Global Trends: Forced Displacement in 2016*. Geneva, 2016. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends2015.html?query=global%20trends>>. Acesso em: 26 out.

2018.

VINCENZI, Brunela Vieira de. É digno ser humano? Ou és digno, ser humano? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 82, jan., 2013. p. 75-82.

_____. *A crise de confiança nas instituições democráticas da justiça brasileira e aplicação dos direitos fundamentais no processo judicial*. *Revista Forense*, São Paulo, v. 419, p. 380-395, jan./jun., 2014.

REFÚGIO E DIREITOS HUMANOS: A INEFICIÊNCIA DA CONVENÇÃO DE DUBLIN III FRENTE À CRISE MIGRATÓRIA DA SÍRIA

Matheus de Lucas Theis Poerner

Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE

Joinville – Estado de Santa Catarina

Érika Louise Bastos Calazans

Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE

Joinville – Estado de Santa Catarina

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo a análise da legislação que integra o bloco econômico da União Europeia em relação aos pedidos de asilo, qual seja a Convenção de Dublin III, bem como a sua ineficiência frente o alto contingente de deslocamento populacional decorrente da Guerra Civil Síria. Para tanto, a pesquisa aborda a necessidade da reafirmação da responsabilidade internacional na proteção dos refugiados, assim como a análise da suposta efetividade da legislação citada. No primeiro plano, será traçado uma linha histórica da implementação em âmbito regional da proteção internacional dos refugiados, no caso, da União Europeia. Em um segundo plano, será feita a análise propriamente dita da legislação objeto do trabalho, bem como a sua evolução no decorrer dos anos em conjunto com estudo sobre à crise migratória dos refugiados sírios. Nessa mesma perspectiva, serão pautados os aspectos limitantes ao asilo contido na referida legislação frente ao direito humano fundamental de buscar refúgio, protegido pela Convenção

de Genebra de 1951, e que, portanto, qualquer ser humano deve ter este direito resguardado, mesmo estando em situação irregular. A metodologia utilizada para a realização do trabalho foi a pesquisa indutiva com objetivo descritivo exploratório, uma vez que o estudo se deu com sondagem de pesquisa bibliográfica direta e bibliográfica indireta. Como resultado e conclusão da pesquisa, constatou-se que embora a Convenção de Dublin busque lidar com os pedidos de asilo, demonstra sua ineficiência e falta de participação dos Estados-Membros na busca da proteção internacional daqueles que buscam refúgios em seus territórios.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional; Direitos Humanos; Direito Internacional dos Refugiados; União Europeia; Convenção de Dublin.

REFUGEE AND HUMAN RIGHTS: THE INEFFICIENCY OF THE DUBLIN III REGULATION IN VIEW THE SYRIAN CIVIL WAR

ABSTRACT: This paper has as scope the analysis of the legislation that integrates the European Union's economic block in relation to asylum applications, namely the Dublin III Regulation, as well as its inefficiency in view of the high contingency of population displacement resulting from the Syrian Civil War. Therefore, the research addresses the need to reaffirm

international responsibility for the protection of refugees, as well as the analysis of the alleged effectiveness of the cited legislation. In the foreground, a historical line will be drawn of the regional implementation of international refugee protection, in this case the European Union. In the background, the actual analysis of the legislation will be made, aim of the paper, as well as its evolution over the years together with the study of the Syrian refugee migration crisis. In the same perspective, the aspects limiting the asylum contained in the aforementioned legislation will be guided by the fundamental human right to seek refuge, protected by the 1951 Geneva Convention, and that, therefore, every human being must have this right, even if in an irregular situation. The methodology used for the accomplishment of this paper was the inductive research with exploratory descriptive objective, since the study took place with observation direct and indirect bibliographic research. As a result and conclusion of the research, it was found that while the Dublin Regulation seeks to deal with asylum applications, it demonstrates its inefficiency and lack of participation by Member States in seeking international protection for refugees in their territories.

KEYWORDS: International Right; Human Rights; International Refugee Law; European Union; Dublin Regulation.

1 | INTRODUÇÃO

A tensão na Síria é considerada a maior crise humanitária da atualidade após a Segunda Guerra Mundial, pois gerou uma instabilidade nas políticas de segurança da União Europeia, bem como a fragilidade do Sistema Europeu Comum de Asilo¹ (SECA). O SECA que se compreende como um mecanismo para colocação da responsabilidade entre os Estados-Membros em relação ao exame de uma demanda de proteção internacional, até então parecia funcionar, hoje é perceptível sua paralização ante o movimento migratório.

Desta forma, o alto contingente de deslocamento populacional postulou um desafio na regulamentação da União Europeia, visto que em tese deveria estar preparada para lidar com esse processo, mas, na prática, o aumento nos pedidos ressaltou a ineficiência, bem como a falta de integração da União Europeia.

1 Para efeitos deste trabalho, é importante destacar o uso dos termos asilo e refúgio, uma vez que dentro do direito internacional há diferença entre estes institutos. O primeiro é, segundo Resek (2011, p. 250), quando um Estado abriga um estrangeiro “[...]por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum.”, ou seja, voltado para a proteção na modalidade política e diplomática, sendo um ato discricionário de cada Estado. Por sua vez, o refúgio tem respaldo nas convenções internacionais, principalmente no Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967. Nos documentos europeus, o instituto do asilo e refúgio frequentemente são apresentados como sinônimos. Autores como Campos (2013, p.23) pontua que esse uso deve-se pelo fato de que “[...] salvo na América Latina, o instituto do asilo não tem um regime de regência por normas multilaterais escritas, e, também, pelo fato dos próprios atos internacionais sobre asilo e legislações internas dos Estados não empregarem termo e expressões como refugiado e buscar refúgio.”, já outros defendem que tal diferenciação não precisa ser estabelecida, posto que “[...] tal dicotomia poderia sugerir que os poucos direitos de que se beneficiariam o solicitante de refúgio poderiam ser negado ao que solicitasse o asilo, estabelecendo-se assim um desequilíbrio de tratamento entre um e outro” (LOPEZ GARRIDO, 1991, apud BATISTA, 1998, p.52)

Portanto, esse artigo tem como escopo a constatação da ineficiência do Sistema Comum de Asilo, através da Convenção de Dublin III, ante os desafios propostos pela sociedade internacional em relação a crise migratória na Síria, ao ponto de discutir alguns aspectos limitantes ao asilo contidos no referido sistema, bem como trazer para a pauta os seus pontos mais problemáticos.

2 | SISTEMA COMUM DE ASILO

A União Europeia (UE) é constituída por 28 Estados-Membros², sendo criada logo após a Segunda Guerra Mundial, tendo como intenção a de “incentivar a cooperação econômica entre as nações, partindo do pressuposto de que se os países tivessem relações comerciais entre si se tornariam economicamente dependentes uns dos outros, reduzindo assim os riscos de conflitos” (SILVA, 2017, p. 9).

Desta forma, o direito da União Europeia apresenta certa diferença em relação aos demais ordenamentos jurídicos, vez que estabelece o efeito direto e a aplicabilidade imediata. Isso significa dizer que no direito europeu há “aceitação de padrões monistas internacionalistas”³ (TOSTES, 2004, p.7).

Nessa perspectiva, embora alguns institutos jurídico-institucional da União Europeia traga em seus artigos a definição de asilo e de migração (Tratado da União Europeia de 1992), ou, reitera a existência do Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967 (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000) ou incuba aos Estados-Membros a faculdade de elaborar políticas para tratar do tema (Tratado de Amsterdam de 1997), havia uma falta de harmonização procedimentais, o que, segundo Rodrigues (2006, p. 09) traria procedimentos diferenciados entre os diversos Estados, dificultando, na prática, a harmonização das políticas.

Nessa senda, em matéria de edificação de normas comum de asilo, em razão das obrigações impostas pelo direito internacional dos refugiados, em especial o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967, bem como a instituição do Programa de Haia (EUR-Lex)⁴, surge o chamado Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA) que tem “el objetivo de establecer reglas uniformes que fueran compatibles com el funcionamiento del Área de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea” (EISENDECHER e VIAL, 2017, p. 8). Assim, a formação desse sistema tem o intuito de postular procedimentos comuns, bem como um estatuto uniforme para

2 Estados-Membros da União Europeia: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polónia, Portugal, Reino Unido, Chéquia, Romênia e Suécia. Em relação ao Brexit, o Reino Unido continua a ser um membro da UE, com todos os direitos e obrigações daí decorrentes. (EU-ROPA.EU, web).

3 Segundo Resek (2011, p. 28) esta corrente sustenta a “[...] unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas.”.

4 Referido Programa institui as dez prioridades para os próximos 5 anos dentro da União Europeia, com o condão de renovação europeia no domínio da liberdade, da segurança e da justiça.

todos aqueles que se encontram em necessidade de proteção internacional.

2.1 A Convenção de Dublin de 1990 e o Regulamento de Dublin II

Um dos instrumentos normativos mais antigos que integram o SECA é o Sistema de Dublin, que tem como base “[...] distribuir entre los Estados asociados la responsabilidad de resolver una determinada solicitud de asilo y de otorgar la respectiva protección.” (EISENDECHER e VIAL, 2017, pg. 9).

Em 1990 foi firmado a “Convenção sobre a Determinação do Estado Responsável pela Análise de um Pedido de Asilo Apresentadas num Estado-Membro da Comunidade Europeia”, doravante “Convenção de Dublin I” (EUR-LEX)⁵

O referido Sistema surgiu com o objetivo de dar maior garantia aos exames de pedido de asilo, bem como que não ficassem sem uma resposta, buscando evitar que os requerentes de asilo fossem sucessivamente enviados de um país para outro sem que nenhum desses Estados se reconhecesse competente para analisar o pedido. (THE DUBLIN SYSTEM).

Segundo Eisendecker e Vial (2017, p. 23), o objetivo da Convenção de Dublin I é a eliminação dos controles fronteiriços internos entre os Estados-Membros, vez que os requerentes poderiam realizar “movimentos secundários”.

Posteriormente, a fim de estabelecer critérios mais objetivos e hierarquizados na determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo, surge o Regulamento nº 343/2003 do Conselho Europeu de 18 de fevereiro de 2003, substituindo, assim, a Convenção de Dublin de 1990. (EUR-LEX).

Conjuntamente a essas normas, estabeleceu-se um apoio aos bancos de dados de impressões digitais, implementando em 2000, chamado de Eurodac, tendo como objetivo controlar melhor o movimento dos requerentes de asilo na União Europeia e os múltiplos pedidos de asilo nos Estados-Membros, ou seja:

Eurodac is the electronic heart of the European asylum system. The database is meant to store fingerprints from all people who cross the border into a European country without permission – asylum seekers as well as irregular migrants. (DERNBACH, 2015, web).

Ainda, Dublin II conservou a lógica de sanção na responsabilização do Estado-Membro que permitiu de algum modo a entrada do requerente numa área distinta daquele Estado-Membro responsável pela análise do pedido.

2.2 Regulamento de Dublin III

Entrando em vigor em 26 de junho de 2013, o Regulamento nº 604/2013 aprimorou os critérios e mecanismos para determinar qual Estado-Membro é responsável pela análise de um pedido de asilo, ou seja, além de substituir o Regulamento de Dublin II

⁵ Foi firmado por onze países: Alemanha, Bélgica, França, Espanha, Grécia, Irlanda, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal e Reino Unido. Posteriormente se uniram a Áustria, Suécia e Finlândia.

e a Convenção de 1990, ela também a reformou. (EUR-LEX).

Destarte, no que se refere ao Eurodac, Piçarra (2016) afirma que a nova normativa “estabelece condições em que as autoridades dos Estados-Membros e a Europol podem solicitar a comparação de dados dactiloscópicos com os dados conservados no sistema central “para fins de aplicação da lei””. Assim, havendo a descaracterização da natureza originária do Eurodac, de um sistema voltado à proteção internacional para um instrumento de direito penal no combate ao terrorismo.

Em síntese, o autor coloca que a funcionalidade do Eurodac dentro do Regulamento de Dublin III está no sentido de vincular cada Estado-Membro com o requerente de asilo, o que, como será pontuado posteriormente, acarretará na ineficiência do sistema.

3 | PANORAMA DA CRISE MIGRATÓRIA NA EUROPA

A Europa nos últimos anos vem passando por um desafio, em razão do alto contingente de deslocamento populacional decorrente da Guerra Civil Síria.

Referida Guerra teve início por conta dos protestos conhecidos como Primavera Árabe, em que tiveram como pretensões a derrubada de regimes consolidados, servindo de inspiração para ativistas e civis desafiarem a ditadura em vigor.

Assim, segundo Aguilar, Roder e Furtado (2014, p. 1) a Guerra instaurada “destruiu a infraestrutura do país e gerou uma crise humanitária regional”, e em decorrência, a busca de proteção internacional pelos sírios se tornou essencial.

Em escala global, a Organização das Nações Unidas (ONU) desde a origem dos conflitos condenou o governo do ditador Bashar Al-Assad. Contudo, começou a tomar medidas práticas em abril de 2012 com observações aprovadas pela Resolução 2042 e, após, uma série de declarações do Conselho de Segurança para que fosse colocado fim às diversas violências e de desrespeito aos Direitos Humanos (AGUILAR, RODER E FURTADO, 2014, p.1)

Ademais, a guerra civil Síria trouxe um contingente grande de deslocamento populacional, tanto que em uma conferência internacional realizada em Bruxelas sobre a Síria, o secretário-geral da ONU, António Guterres aponta que “As necessidades de ajuda humanitária e a proteção dos civis sírios nunca foram tão grandes, e o apelo humanitário a uma única crise é a maior jamais visto” (ONUBR, 2017).

4 | RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS

Dentro das regras do Direito Internacional, a responsabilidade do Estado se baseia no princípio fundamental, segundo o qual “[...] os Estados estão vinculados ao cumprimento daquilo que assumiram no cenário internacional, devendo observar

seus compromissos de boa-fé [...]” (MAZZUOLI, 2011, p. 559). Assim, continua o autor, o Estado é responsável internacionalmente por toda ação ou omissão na qual lhe seja imputável de acordo com as regras do Direito Internacional. Destarte, o mesmo é responsável por violações abstrata de uma norma jurídica internacional por ele anteriormente aceita. Desse modo, importante destacar e compreender esta responsabilidade, em vista de melhor “delinear as suas inúmeras contribuições, bem como as suas limitações.” (PEREIRA, p.13, 2014).

Destarte, antes do século XX, não se tinha dentro das normas de direito internacional algum dispositivo que consagrasse a efetiva proteção dos refugiados, em verdade, o que se tinha era “[...] tão somente da generosidade, na maioria dos casos absolutamente ausente, das leis internas de cada país [...]” (PEREIRA, 2014, p. 13).

Posteriormente, houve a tentativa frustrada da Liga das Nações de estabelecer uma responsabilidade em âmbito internacional na proteção dos refugiados. Além disso, as normas postas por aquele órgão trouxeram diversas críticas, uma vez que os instrumentos estabelecidos não garantiam a plena proteção dos refugiados em situação de crise. (BARTELEGA, 2007, ps. 6-10).

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, com a instituição da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, foi fundado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), tendo como objetivo a de promover o desenvolvimento e de supervisionar a implementação das regras legais que definiram o estatuto de refugiados em todo o mundo.

Além disso, surgem diversos documentos que buscam trazer normas procedimentais (*soft law*)⁶ menos gravosos na busca da proteção dos refugiados, visto que estas pessoas já se encontram um quadro de grande vulnerabilidade, ou seja, referidos documentos traçam padrões mínimos que os Estados devem observar a fim de evitar ferir mais a dignidade humana daquele que busca refúgio, como por exemplo o Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado (ACNUR, 2011).

Em âmbito regional surgem diversos documentos visando a proteção dos refugiados e asilados. Citando como exemplo temos na África a Convenção da Organização da Unidade Africana em 10 de setembro de 1969 (UFMG, 1999) e na Europa a Convenção de Dublin de 1990, objeto do presente artigo.

Deveras, embora exista inúmeros documentos que buscam regularizar essa responsabilidade na proteção dos refugiados, Pereira (2014, p. 16) aponta que as problemáticas no que se refere aos apátridas e refugiados permanece. Os conflitos acumulam uma preocupação no sentimento de “nacionalismo” alargando ainda mais os patamares de intolerância.

6 A atribuição de um conceito tem-se mostrado complexa pelos doutrinadores. De acordo com Oliveira; Bertoldi (2010, p. 6272), *soft law* é “[...] regras cujo valor normativo é limitado, porque os dispositivos em questão, mesmo figurando em instrumentos capazes de impor sanção, não criam obrigações de direito positivo, ou criam obrigações com pouca possibilidade de sanção.

5 | A INEFICIÊNCIA DA CONVENÇÃO DE DUBLIN III

Embora a questão de deslocamento populacional vem sendo um problema enfrentado por diversos países, segundo dados da Global Trends (2018, p. 14) publicado pelo ACNUR, desde 2014 o principal país de origem de refugiados é a Síria, com 6.7 milhões até o final do ano de 2018. Desta forma, países europeus vêm recebendo números significantes de refugiados, como Alemanha, Suíça, Áustria, Grécia, Dinamarca, Bulgária, França, Itália, etc. Assim, perceptível analisar a ineficiência da legislação que normatiza a concessão da proteção internacional aos refugiados em âmbito da União Europeia.

Outrossim, a União Europeia é definida como um espaço sem fronteiras internas, aonde é garantido a liberdade de circulação de capitais, serviços, mercadorias e pessoas. Segundo Hidalgo (2017, p. 141), essa iniciativa jurídica não surge com o interesse de constituir uma normativa na Europa baseada num direito a luz dos textos internacionais, mas sim, da necessidade de acentuar o chamado “*fortress Europe*”, ou seja, uma Fortaleza Europeia que garante a segurança nesse espaço interno de liberdade.

À vista disso, a Europa buscou formas de eliminar a migração irregular nas fronteiras externas comuns, bem como o controle efetivo das fronteiras a fim de evitar o “*asylum shopping*” e as solicitações de asilos múltiplas e sucessivas. Assim, a Convenção de Dublin III permitiu “[...] asegurar una determinación material de las solicitudes – asignando responsabilidades través de um método claro y funcional – y solucionar el problema de los “refugiados en órbita”” (RIJO, 2017, p. 26).⁷

Dessa maneira, a Convenção de Dublin III, por si só, não é uma separação equitativa de responsabilidade entre os Estados-Membros, e Hidalgo pontua:

[...] sino que se trata de un sistema de asignación de la responsabilidad con el objetivo de que sea sólo uno el Estado que proceda al estudio de la demanda de protección (one-chance only) y su decisión sea vinculante para todos os demás. [...] Cuaquier intento de presentar la solicitud em otro Estado miembro (llamado “movimiento secundario”) sería detectado con la mera comprobación del registro de sus huellas dactilares y sería devuelto al país responsable de su solicitud. (HIDALGO, 2017, p. 145).

Para Mascareñas (2015, p. 1), a forma de instituição da responsabilidade do Estado-Membro não é eficiente, vez que a maioria dos requerentes pedem asilo em um Estado distinto que tenha chegado em primeiro lugar.⁸

Além disso, por se tratar de um acordo mútuo entre os Estados-Membros, as decisões de asilo negativas produzem um reconhecimento automático, em que “[...]”

⁷ Nesse sentido, o sistema não nasce priorizando a busca de um consenso sobre quais seriam os requisitos para a obtenção do status de refugiado na Europa e, conseqüentemente, a associação dos seus direitos, mas, busca resolver o fenômeno dos “refugiados em órbita” (requerentes que migram de um país a outro sem que ninguém se torne responsável pela análise do pedido) e das “solicitações múltiplas” (aquelas apresentadas em mais de um Estado, também conhecida pelo termo *asylum shopping*). (HIDALGO, 2017, p. 145).

⁸ Segundo estatísticas do Eurostat e Frontex, apenas 64.625 pessoas das 170.000 que chegaram irregularmente na Itália em 2014 solicitaram asilo naquele país. (MASCAREÑAS, 2015, p. 2).

la solicitud de asilo es rechazada por um Estado miembro, todos los demás pueden deportar inmediatamente al solicitante o requerer al responsable que lo readmita a su territorio.” (RIJO, 2017, p. 55).

Outro ponto decorrente da crise migratória na Europa é a desigualdade entre os Estados-Membros no que se refere a vinculação da responsabilidade na análise do pedido⁹. Para Hidalgo (2017, p. 147), os Estados-Membros com fronteiras externas tendem uma probabilidade mais alta de receber requerentes de asilo que os demais Estados.

Na prática, isso significa que a responsabilidade pela maioria dos requerimentos de asilo é posta num pequeno número de Estados-Membros, sendo insustentável levando em conta os padrões de migrações atuais, acarretando numa desigualdade nos países de fronteira se comparado aos demais.¹⁰

Logo, um Estado fronteiriço acaba com um fardo financeiro grande ao estabelecer os padrões mínimos de cuidado dos asilados com base nas normas europeias e internacionais, e em vários casos não tendo capacidade de alcançar estes padrões, trazendo diversas violações dos Direitos Humanos.¹¹ Dessa forma, embora haja a recepção dos refugiados as fronteiras destes Estados-Membros, o processo de cuidados dentro das fronteiras acaba por ser, em muitos casos, inexistente.

Nessa senda, os mecanismos previstos na Convenção de Dublin III estão suscetíveis a produzir violações diretas na obrigação do *non-refoulement*¹². Assim:

Ello se producirá, por ejemplo, si el traslado del solicitante al Estado miembro responsable lo expone a recibir un tratamiento proscrito por el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos o se amenazara allí su vida o libertad, en el sentido del artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951. Las presiones migratorias a la que países como Grecia se han visto expuestos ha generado que este tipo de situaciones sea muy frecuente en algunos Estados, por falta de normas internas adecuadas o por la falta de recursos suficientes para dar cumplimiento a los estándares debidos. (RIJO, 2017, p. 51).

9 Nesse ponto, a Comissão Europeia já reconheceu que um número limitado de Estados-Membros está tendo que ocupar-se com a grande maioria das solicitações de asilo que chegam na União, o que vem gerando uma grande pressão sobre a capacidade do seu sistema de asilo e provocado uma certa inobservância da normativa da UE. (EUROPEAN COMMISSION, 2016).

10 Nesse sentido, a Comissão Europeia já afirmou que nenhum outro Estado-Membro se encontra atualmente em uma situação de emergência como a vivida pela Itália e Grécia, com número similares de refugiados irregulares e uma grande proporção de pessoas que tem manifestado necessidade de proteção internacional, todos eles acompanhado por uma grande vulnerabilidade de seus sistemas de asilo. Por conseguinte, a atual situação de imigração na Itália e Grécia são únicas na UE e a pressão sobre sua capacidade para tramitar as solicitações de proteção internacional e oferecer condições adequadas de recepção e perspectivas de integração das pessoas que tem manifestado necessidade de proteção internacional exige que todos os demais Estados-Membros mostrem sua solidariedade. (EUROPEAN COMMISSION, 2016).

11 Uma pesquisa realizada com refugiados da costa de Chios, Grécia, em maio de 2017, demonstra a falta de suporte necessários às pessoas em estado de vulnerabilidade, em que “Overall, the research indicates that refugees in Chios are experiencing various forms of distress, including traumatic past experiences, a depressing present situation characterized by an absence of information, and an uncertain future including fear of deportation. These combined factors lead to depression and mental ill-health among thousands of people seeking protection in Europe. (REFUGEES RIGHTS EUROPE, 2017).

12 O princípio do *non-refoulement* (não devolução), se consolidou no Direito Internacional dos Refugiados, segundo a qual “está vedada a repatriação involuntária de qualquer refugiado”. (OLIVEIRA; CARVALHO, 2017, p. 42).

Desta feita, a Comissão Europeia assinalou a ineficiência da Convenção de Dublin III, vez que pontua que:

[...] incube a los EM, incluídos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al EM responsable en el sentido del Reglamento Dublín, cuando no pueden ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo em ese EM constituyam motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes [...]” (HIDALGO, 2017, p. 148).

De igual modo, cumpre destacar que muitos defendem a criação da “*fortress Europe*”, posto que com o aumento da migração e com supressão das barreiras entre os países europeus, aumentaria a imigração ilegal. Entretanto, como argumenta Batista (1998, p. 222), “O problema do asilo atualmente é sua massificação. Conter essas ‘avalanches’ do Terceiro Mundo não se resolverá com a construção da Europa-fortaleza [...]”. Desta forma, ainda na perspectiva do autor, é o auxílio necessário a estes países para que obtenham mudanças estruturais internas a fim de criar ambientes menos hostis, diminuindo a imigração.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção de Dublin III foi criada para integrar os procedimentos na constatação da responsabilidade de um Estado-Membro na análise de um pedido de proteção internacional, porém não obteve êxito em alcançar os seus objetivos propostos.

Isso porque, através de uma análise da Convenção de Dublin III, se observa que existe uma ineficiência no que tange a garantir os direitos fundamentais dos requerentes, bem como para os próprios Estados-Membros, vez que não há efetivamente a divisão da responsabilidade.

O sistema se caracterizou pelo controle das fronteiras externas, bem como o Eurodac que, a princípio, tinha o propósito de auxiliar no controle dos pedidos, tornou-se instrumento para justificar a devolução de pessoas para os países de primeira entrada. No entanto o direito de refúgio é um direito fundamental protegido pela Convenção de Genebra de 1951, na qual qualquer ser humano deve ter este direito resguardado, mesmo sendo um migrante irregular e, portanto, a escolha do país onde determinada pessoa terá seu pedido de asilo analisado não deveria ser de escolha exclusiva dos Estados-Membros. Na medida do possível, a vontade dos requerentes de asilo deveria ser levada em consideração.

Portanto, a Convenção de Dublin III, em vez de construir um sistema de divisão de responsabilidade e integração dos Estados-Membros, cria uma coação na participação dos Estados, o que pode prejudicar a sua legitimidade. Assim, com o

presente artigo, conclui-se que mesmo que o Sistema busque lidar com os pedidos de asilo, falha ao demonstrar sua ineficiência e falta de participação dos Estados-Membros na busca da proteção daqueles que buscam ajuda em suas portas.

Ainda, é importa-te frisar que os deslocamentos populacionais é um problema que atinge diversos países. Desta forma, a responsabilidade de proteção não se investe apenas aos países que recebem essas pessoas, mas sim de toda comunidade internacional. Assim, há uma necessidade de um envolvimento desses entes na busca da proteção aos refugiados.

REFERÊNCIAS

ACNUR BRASIL. **Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado**. Disponível em <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf>. Acesso em

ACNUR BRASIL. **Síria**. Disponível em <<https://www.acnur.org/portugues/siria/>>. Acesso em 21 nov. 2018.

ACNUR. **Guerra, Violência e perseguição elevam deslocamentos forçados a nível sem precedentes**. Disponível em <<https://www.acnur.org/portugues/2017/06/19/guerra-violencia-e-perseguiacao-elevam-deslocamentos-forcados-a-um-nivel-sem-precedentes/>>. Acesso em 24 nov. 2018.

BARTELEGA, Camila Franco. **Assistência internacional aos refugiados: da liga das nações ao pós-guerra fria**. Franca: Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 47p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). 2007.

BATISTA, Vanessa Oliveira. **União Europeia – Livre Circulação de Pessoas e Direito de Asilo**. Editora Del Rey, 1998.

CAMPOS, Lucien Vilhalva de. **A Guerra Civil na Síria e seus Refugiados: Uma Reflexão sobre a Atuação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)**. Trabalho de Conclusão de Curso em Relações Internacionais – Universidade do Sul de Santa Catarina UNISUL, p. 23. 2013.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. 2000. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em

DERNBACH, Andrea. **Eurodac fingerprint database under fire by human rights activists**. Disponível em <<https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/eurodac-fingerprint-database-under-fire-by-human-rights-activists/>>. Acesso em 24 nov. 2018.

EISENDECHER, R. I. L.; VIAL, Agustín Searle. **El Sistema de Dublín: perspectiva y desafíos a la luz del derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos**. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade de Chile, p. 1. 2017.

EUR – LEX. **Convenção sobre a Determinação do Estado Responsável pela Análise de um pedido de Asilo Apresentado num Estado-Membro das Comunidades Europeias – 1990**. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A41997A0819%2801%29>>. Acesso em 22 nov. 2018.

EUR – LEX. **Programa de Haia: 10 prioridades para os próximos cinco anos**. Disponível em

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3AI16002>>. Acesso em 12 nov. 2018.

EUR – LEX. **Regulamento (CE) n.º 343/2003 do Conselho Europeu**. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32003R0343>>. Acesso em 22 nov. 2018.

EUR - LEX. **Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013**. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013R0604&qid=1500482749495&from=EM>> acesso em 05 jun. 2018.

EUROPA.UE. **Asylum Statistics. Eurostat**. Disponível em <https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Asylum_statistics#Asylum_applicants>. Acesso em 21 nov. 2018.

EUROPA.EU. **Países**. Disponível em <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt>. Acesso em 22 nov. 2018.

EUROPEAN COMMISSION. **REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL**, 2016. Disponível em <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160504/dublin_reform_proposal_en.pdf>. Acesso em 20 nov. 2018.

EUROPEAN COMMISSION. **The Dublin System**. Disponível em <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/backgroundinformation/docs/20160406/factsheet_the_dublin_system_en.pdf>, acesso em 06 jun. 2018.

FURTADO, Gabriela; RODER, Henrique; AGUILAR, Sérgio L.C. **A Guerra Civil Síria, o Oriente Médio e o Sistema Internacional. Série Conflitos Internacionais**. Pgs. 1-6 Vol. 1. Num. 6. Dez de 2014.

HIDALGO, Nuria Arenas. **El Sistema Europeo Común de Asilo. Funcionamiento Básico y Evaluación Ante los Actuales Éxodos de Población**. Revista Jurídica de Buenos Aires, año 42, número 95, p. 139. 2017.

LOPEZ GARRIDO, Diego. **El derecho de Asilo**. Editora Trotta, 1991 apud BATISTA, Vanessa Oliveira. **União Europeia – Livre Circulação de Pessoas e Direito de Asilo**. Editora Del Rey, 1998.

MASCAREÑAS, Blanca Garcés. **Por qué Dublín “no funciona”**. Notes Internacionales CIDOB, 135, p. 1. 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. **A Importância do Soft Law na Evolução do Direito Internacional Ambiental**. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Florianópolis. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010.

ONUBR. **Necessidades humanitárias na Síria nunca foram tão grandes, alerta ONU em conferência global**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/necessidades-humanitarias-na-siria-nunca-foram-tao-grandes-alerta-onu-em-conferencia-global/>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos Humanos e Hospitalidade: a proteção internacional para apátridas e refugiados** [livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2014.

PIÇARRA, Nuno. **A União Europeia e “a crise migratória e de refugiados sem precedentes”**: crónica breve de uma ruptura do Sistema Europeu Comum de Asilo. e-Pública, vol. 3, no.2. Lisboa, 2016.

REFUGEES RIGHTS EUROPE. **Na Island at Breaking Point**: filling information gaps relating to refugees and displaced people in Chios, Greece. Research in 11-18 may, 2017.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13 ed. aumen. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

RIJO, D. F. R.. **A União Europeia face à crise dos migrantes e refugiados: Um ator dividido sob escrutínio**. Tese de Mestrado em Relações Internacionais – Universidade do Minho, p. 1. 2017.

RODRIGUES, José Noronha. **Políticas de Asilo e de Direito de Asilo na União Europeia**. Centro de Estudos de Economia Aplicada do Atlântico, Working Paper n.º 14, 2006.

SILVA, Keicy Lopes da. **Conselho de Ministros da União Europeia: A Questão dos Refugiados**. Brasília: 2017, p. 1.

TOSTES, Ana Paula. **União Europeia: o poder político do direito**. Editora Renovar, 2004.

TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA. 1992. Disponível em < https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_pt.pdf>. Acesso em

TRATADO DE AMESTERDÃO. 1997. Disponível em < https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf>. Acesso em

UFMG. **Convenção da Organização de Unidade Africana**. Disponível em <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/convencao_oua.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

UNHCR. **Global Trends: forced displacement in 2018**. 2019.

RECONHECIMENTO E FEMINISMOS: A LUTA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS DAS MULHERES

Talitha Saez Cardoso

Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito
São Paulo – SP

RESUMO: O presente artigo se propõe a investigar as demandas por reconhecimento empreendidas pelos movimentos feministas contemporâneos. Na travessia em direção à reconstrução dos papéis de gênero, outras diferenças como sexualidade, raça, classe, geração, entre outros marcadores sociais, devem ser consideradas. A hipótese da qual partiu este artigo é: em que medida as lutas feministas por reconhecimento afetam a efetividade dos direitos humanos hoje, em particular no Brasil. O exame do direito e, em especial, dos direitos humanos sob uma lente de gênero, implica investigar os déficits de igualdade e justiça. Os desafios da luta feminista, a efetividade dos direitos humanos e a consolidação da democracia no Brasil se encontram neste estudo. Tratar do feminino no espaço público democrático implica reconhecimento e interseccionalidade. Desde as primeiras demandas públicas das mulheres até a contemporaneidade, a luta pelos direitos das mulheres tem sido contínua. No campo do direito, a análise de discursos jurídicos sob uma lente pós-feminista reconhece a linguagem jurídica como um lugar de constante luta política.

O feminismo e os direitos das mulheres têm conquistado um espaço determinante na agenda pública e fomentado a construção de uma nova concepção de cidadania. No âmbito dos direitos humanos, os discursos do Estado brasileiro colidem com suas práticas. Enquanto na esfera internacional o país ratificou e se comprometeu perante diversas normas internacionais de direitos humanos, internamente tem promovido cada vez mais práticas heterogêneas e contraditórias, violadoras de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: reconhecimento; feminismo; gênero; direitos das mulheres; direitos humanos.

RECOGNITION AND FEMINISMS: THE STRUGGLE FOR THE EFFECTIVENESS OF WOMEN'S RIGHTS

ABSTRACT: This paper aims to investigate the demands for recognition undertaken by contemporary feminist movements. In the transition towards the reconstruction of gender roles, other differences such as sexuality, race, class, generation, among other social markers, should be considered. The hypothesis from which this paper commenced is: to what extent feminist recognition struggles affect the effectiveness of human rights today, particularly in Brazil. Examining law, and in particular human rights from a gender perspective, involves investigating deficits in equality and

justice. The challenges of the feminist struggle, the effectiveness of human rights and the consolidation of democracy in Brazil are aligned in this study. Dealing with the feminine in the democratic public space implies recognition and intersectionality. From the first public demands of women to contemporary times, the struggle for women's rights has been continuous. In the field of law, the analysis of legal discourses from a post-feminist lens recognizes legal language as a place of constant political struggle. Feminism and women's rights have gained a decisive place in the public agenda and fostered the construction of a new conception of citizenship. In the field of human rights, the discourses of the Brazilian state clash with its practices. While in the international sphere the country has ratified and committed itself to various international human rights norms, internally it has promoted more and more heterogeneous and contradictory human rights violating practices.

KEYWORDS: recognition; feminism; gender; women's rights; human rights.

1 | INTRODUÇÃO

Em que medida as lutas feministas por reconhecimento promovem a efetividade dos direitos humanos das mulheres no Brasil? O exame do direito e, em especial, dos direitos humanos sob uma lente de gênero implica investigar os déficits de igualdade e justiça. Os desafios da luta feminista, a efetividade dos direitos humanos e a consolidação da democracia no Brasil serão objetos de análise do presente artigo. O feminino no espaço público democrático contribui para a construção de uma cultura de direitos humanos fundada na diversidade, dignidade e respeito. E por que estudar feminismos no Direito? Se na segunda década do século XXI ainda estamos distantes de resolver questões básicas de desigualdade de gênero, ao menos o discurso tem sido afetado por correntes do feminismo, seja na academia, na militância ou na mídia.

Além do espaço crescente nos meios de comunicação, os movimentos de mulheres têm participado ativamente de marchas e protestos contra a ameaça de perda de direitos, resultado do cenário político brasileiro atual. Deste modo, questões de gênero têm se inserido progressivamente na agenda do contemporâneo. Os direitos das mulheres, conquistados a partir de muita luta, devem ser constantemente vigiados para que as garantias básicas conquistadas não sejam anuladas, especialmente em contextos de instabilidade. Por isso, os direitos das mulheres devem estar continuamente presentes na agenda pública, seja para vigiar aqueles já conquistados, seja para efetivar outros ainda não adquiridos ou adquiridos de modo insatisfatório.

Tratar do feminino no espaço público democrático implica reconhecimento e interseccionalidade. Déficit de igualdade e justiça são evidentes em situações de violência vividas cotidianamente por mulheres no Brasil. Além de outras formas de violência sofridas pelas mulheres (devido à sua condição de mulher), a violência doméstica e a violência máxima, o assassinato de mulheres, evidenciam a atualidade

das lutas feministas e a urgência da consolidação dos direitos humanos das mulheres. A partir deste diagnóstico, o debate feminista contemporâneo tem se ocupado da interpretação de tal realidade e da proposição de possibilidades de emancipação. As construções teóricas originais e as contribuições positivas das pensadoras e pensadores contemporâneos, que têm se dedicado a debater a emancipação da mulher, em sua multiplicidade, são fundamentais para a consolidação democrática.

2 | AGENDA PÚBLICA, FEMINISMOS E DIREITOS DAS MULHERES

A crescente inclusão da mulher no mercado de trabalho, percebida sobretudo no decurso do século XX, e a inserção feminina na produção científica e acadêmica levaram a uma problematização da existência da mulher enquanto produtora de conhecimento, a fim de combater a aparente universalidade e neutralidade da perspectiva masculina ao analisar a coletividade. Do ponto de vista da construção cultural dos papéis sexuais, questiona-se o porquê da histórica exclusão da mulher do espaço público e seu vínculo ao espaço privado, no qual também muitas vezes não é considerada autora das próprias ações.

Conforme ensina a antropóloga mexicana MARTA LAMAS, um dos interesses de estudo da antropologia consiste em identificar quais características e condutas humanas derivam da cultura, quais advêm da genética humana e quais as relações entre elas. É razoável atribuir à diferença biológica, representada sobretudo pela maternidade, a origem da divisão do trabalho relacionada aos papéis sexuais. Assim, a discussão acadêmica a respeito das diferenças entre homens e mulheres é permeada pelo debate “natureza versus cultura”. A interpretação androcêntrica da diferença biológica, percebida na ordem normativa intelectual, produz uma moral diferenciada, válida numa medida para homens e noutra para mulheres.

No mesmo sentido, a socióloga britânica AVTAR BRAH destaca que as diferenças biológicas não são ignoradas, porém questiona o modo como a subordinação das mulheres tem sido diretamente relacionada às suas capacidades biológicas. Além disso, quando se observa a suposta natural divisão do trabalho, nota-se certa arbitrariedade na designação dos trabalhos “próprios” a mulheres e aqueles “próprios” a homens. Tal arbitrariedade é percebida ao se comparar culturas diferentes e notar que aquilo que é considerado “naturalmente” feminino ou masculino varia, ou seja, o sexo biológico não coincide necessariamente com a identidade designada a cada pessoa, trata-se de uma construção social e de uma interpretação social do biológico. As características femininas ou masculinas são contraídas por meio de um complexo processo individual e social, o qual MARTA LAMAS denomina processo de aquisição de gênero.

No contexto acadêmico e político da década de 1970 se iniciou o desenvolvimento da ideia de “gênero” como uma categoria entre as feministas de língua inglesa. Os estudos sobre a mulher, num primeiro momento, e sobre as relações de gênero, em

seguida, permitiram o desenvolvimento de uma epistemologia própria. Desde então, os estudos a partir de uma perspectiva de gênero passaram a se identificar com a perspectiva de grupos determinados (não necessariamente mulheres, como será explicado adiante), daí as diferentes vertentes dentro do movimento feminista. Tal pluralidade é necessária, pois mesmo que as mulheres como gênero estejam em relação de subordinação aos homens, diferenças de classe e de raça, além de outros marcadores sociais da diferença, produzem fracionamentos entre as mulheres.

Assim sendo, discutir questões de gênero, considerando a condição universal de subordinação feminina, deve se aliar a outros recortes de análise, a fim de detectar quais estruturas dificultam as tentativas de modificar o status da mulher na sociedade, sem deixar de incorporar a esta análise questões de classe, raça, sexualidade, entre outras. Uma vez reconhecidas as relações de subordinação não apenas entre homens e mulheres, como também entre o conjunto de mulheres, com base na heterogeneidade resultante de diferenças de classe, geração, nacionalidade, religião, assim por diante, surge um problema analítico para identificar qual é o recorte de gênero que permite examinar tais heterogeneidades. A questão que se apresenta, portanto, é como interpretar distintas opressões que se articulam com as de gênero.

O objeto primeiro dos estudos de gênero foram os processos sociais responsáveis por permitir e perpetuar as diversas formas de opressão contra as mulheres. Para GAYLE RUBIN, gênero consiste numa construção social transformadora da sexualidade biológica. Deste modo, as relações entre sexo e gênero constituem um sistema variável conforme a sociedade em análise, sendo o *locus* da opressão contra as mulheres e minorias sexuais denominado “sistema sexo/gênero”, no qual a sexualidade biológica é transformada socialmente. TERESITA DE BARBIERI destaca que o termo “gênero” apareceu quando já existiam pesquisas e reflexões a respeito da condição social das mulheres. Assim, ao se introduzir o conceito “gênero” como ordenador teórico, buscava-se um afastamento do emprego acrítico da categoria “patriarcado”. LUIS FELIPE MIGUEL destaca que o emprego do termo “patriarcado” é controverso dentro do próprio feminismo, sendo mais adequado o termo “dominação masculina”.

O gênero considerado como um ordenador social, coletivo e histórico, está presente em alguma medida em cada relação social existente. No mesmo sentido, JOAN W. SCOTT considera gênero o elemento constitutivo de todas as relações sociais e por meio do qual o poder é articulado. A introdução de “gênero” nas análises sociais rompe com a concepção de um ser humano universal. Uma análise de gênero, portanto, busca examinar as relações entre mulheres e homens e as vias de alterar tais relações, sendo essencial uma abordagem interdisciplinar e de intervenção direta na sociedade.

A sofisticação dos estudos de gênero levou a questionar a associação dicotômica do gênero às diferenças anatômicas de sexo, pois ao mesmo tempo em que se reconhece como sujeito restritamente o gênero feminino ou masculino, priva-se de

reconhecimento outras possibilidades, como a diversidade trans. Nesse caminho, JUDITH BUTLER entende que a diversidade de gênero, na medida em que está relacionada ao desejo, busca obter reconhecimento. A noção de que o gênero é construído indica um determinismo de gênero conexo às diferenças anatômicas entre os corpos, sendo estes entendidos como agentes passivos de um direito inexorável, onde não somente a biologia, mas principalmente a cultura define o destino dos indivíduos. Além disso, uma concepção descritiva de gênero investiga o que torna o gênero inteligível e suas condições de possibilidade, já uma concepção normativa, por sua vez, busca responder quais expressões de gênero são aceitáveis e quais devem ser refutadas. Em outros termos, o conceito de gênero tem fundamentado uma nova concepção de cidadania.

3 | O DEBATE FILOSÓFICO CONTEMPORÂNEO SOBRE RECONHECIMENTO

No início do século XX com a fundação da Escola de Frankfurt, a interdisciplinaridade e a necessidade de renovação, próprias à denominada Teoria Crítica, foram desenvolvidas. De partida, a Teoria Crítica se distingue da teoria tradicional na medida em que pretende identificar e transformar as diversas causas da escravidão humana, ou seja, a Teoria Crítica se ocupa da emancipação humana. Deste modo, os movimentos sociais, responsáveis por denunciar as variadas formas de dominação nas sociedades capitalistas, têm se relacionado à Teoria Crítica. Por se tratar de uma teoria social interdisciplinar pós-marxista, a Teoria Crítica se ocupa da investigação social dedicada ao combate à dominação.

Já no final do século XX, HONNETH, representante da denominada terceira geração da Escola de Frankfurt, propõe uma reconstrução da Teoria Crítica partindo do conceito de “interação comunicativa” desenvolvido por HABERMAS. A ética política desenvolvida por HONNETH busca conectar antropologia, análise estrutural da sociedade, filosofia da história e expectativas de reconhecimento social. Nesse contexto, emergem os conceitos de “redistribuição” e de “reconhecimento”. O primeiro conceito, cujas categorias centrais são a “distribuição igual” e a “igualdade econômica”, se relaciona a uma concepção de justiça, conforme a qual a igualdade social é alcançada por meio da redistribuição das necessidades materiais. Já o segundo conceito, cujas categorias centrais são a “dignidade” e o “respeito”, está ligado ao reconhecimento da dignidade de cada indivíduo como meio de se construir uma sociedade justa. Aqui se trata da construção de uma sociedade “simpatizante da diferença”, na qual se percebe o reconhecimento das particularidades das minorias sexuais, das diferenças raciais e de gênero.

A respeito da mudança da orientação normativa de redistribuição para de reconhecimento, existem duas interpretações alternativas propostas por HONNETH. A primeira sustenta que o conceito de “reconhecimento” resulta de uma desilusão

política, após o colapso do Estado de bem-estar social, já que a redistribuição econômica seria inalcançável a longo prazo, a possibilidade de se abolir a degradação e o desrespeito seria considerada mais praticável. A segunda interpretação entende que o conceito de “reconhecimento” resulta, na verdade, de um aumento da sensibilidade moral, com base nos novos movimentos sociais, que destacaram o significado político do desrespeito social, cultural, entre outros. Deste modo, o conceito de justiça apresentado neste momento por HONNETH é composto também pelo reconhecimento da dignidade dos indivíduos e grupos.

Na filosofia prático-moral de HONNETH, a relação de reconhecimento depende da existência física do Outro. O reconhecimento afetivo permite uma atitude positiva quanto a si e em consequência uma confiança em si mesmo, o que por sua vez forma as pré-condições psicológicas para o desenvolvimento completo do autorrespeito. HONNETH elaborou três padrões de reconhecimento (amor, ordem legal e solidariedade), a fim de fornecer condições formais para a interação, nas quais os indivíduos têm protegidas sua dignidade e integridade. Além do reconhecimento da identidade pessoal ou coletiva, também é necessária a uma sociedade justa, a distribuição de suas necessidades materiais.

Em debate com HONNETH, NANCY FRASER assume que a justiça deve exigir redistribuição e reconhecimento. Ao se considerar ao menos duas possibilidades de injustiça, quais sejam: injustiça econômica e injustiça cultural ou simbólica, tornam-se necessárias a política da redistribuição e a política de reconhecimento. Contudo, os objetivos dessas políticas podem parecer divergentes, uma vez que a política da redistribuição tende a desestabilizar a diferenciação dos grupos, enquanto a política do reconhecimento tende a proteger essa diferenciação. Num plano prático-político, a questão que se coloca, portanto, é como promover políticas de redistribuição e reconhecimento em casos de injustiça econômica e cultural simultaneamente.

Observa-se no feminismo, por exemplo, que a orientação pela redistribuição como meio de solucionar a dominação masculina tem se distanciado da orientação pelo reconhecimento das diferenças de gênero. No entanto, “a justiça hoje exige tanto a redistribuição quanto o reconhecimento; nenhum dos dois por si só é suficiente” (FRASER, 2007, p. 114). O projeto de integrar a redistribuição e o reconhecimento não é tarefa simples e envolve temas filosóficos complexos, além de desafios de implementação concreta, nos quais inúmeras disputas estão envolvidas.

A fim de suprimir a suposta incompatibilidade entre redistribuição e reconhecimento, FRASER propõe um rompimento com o modelo padrão de identidade de reconhecimento. A política do reconhecimento, ao ser entendida como “política da identidade”, é considerada por FRASER problemática, uma vez que esse modelo de identidade nega a heterogeneidade interna dos grupos sociais. Exigir “reconhecimento” implica produção de cultura própria de autoafirmação, o que, por sua vez, leva a uma pressão moral sobre os indivíduos para se adequarem à cultura do grupo. Também pode levar a um encobrimento das lutas internas dos grupos sociais,

reforçando as formas de dominação intragrupal. A partir dos questionamentos aqui apresentados, buscou-se apresentar brevemente o debate filosófico contemporâneo entre redistribuição e reconhecimento.

4 | IGUALDADE, DIFERENÇAS E RECONHECIMENTO

Com base no Mapa da Violência de 2015, sobre homicídio de mulheres no Brasil, entre 1980 e 2013, o país contabilizou 106.093 assassinatos de mulheres. Conforme a Organização Mundial da Saúde, em 2013, o Brasil ocupou a 5ª posição, num grupo de 83 países, em taxa de homicídio de mulheres (4,8 homicídios por 100 mil mulheres). Somente El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia apresentaram taxas superiores àquela apresentada pelo Brasil. Vale notar que nos 83 países analisados, a taxa média foi de 2,0 homicídios por 100 mil mulheres, ou seja, a taxa de homicídios femininos no Brasil é 2,4 vezes maior que a taxa média internacional.

Ao contextualizar os homicídios de mulheres, o Mapa da Violência concluiu o seguinte: (i) as mulheres negras são vítimas prioritárias da violência homicida no Brasil; (ii) elevada incidência feminina no infanticídio; (iii) enquanto nos homicídios masculinos prepondera a utilização de arma de fogo, nos homicídios femininos essa incidência é inferior e concomitante com outros meios (como estrangulamento/sufocação, instrumento cortante/penetrante e objeto contundente), o que indica maior presença de crimes de ódio ou por motivos fúteis; (iv) alta domesticidade dos homicídios de mulheres. Ao passo que a violência contra a mulher é fenômeno antigo, sua criminalização por leis específicas é muito recente. No Brasil, a Lei nº 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, data de 2006 e a Lei nº 13.104, que altera o Código Penal para incluir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, entrou em vigor em 2015. Apesar das críticas e controvérsias percebidas na redação e aplicação de tais leis, a existência de proteção legal expressa para mulheres materializa a conquista de direitos, após muita luta de gerações de mulheres e movimentos feministas.

A realidade lamentavelmente oferece uma multiplicidade de problemas de gênero, além dos dados citados sobre assassinato de mulheres, há violência e assassinato de pessoas LGBTQ+ (acrônimo para lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, travestis e intersexuais), violência sexual e responsabilização da vítima, criminalização do aborto, déficit de representação e participação feminina na política, diferença salarial baseada em gênero, entre outros problemas. Além disso, questões de raça, sexo, idade e classe, entre outras, se interseccionam com questões de gênero, o que requer um diagnóstico de época sensível a tais entrelaçamentos. A violência contra a mulher pode ser interpretada como resultado da desigualdade de poder entre homens e mulheres, expressa pela dominação masculina. O reconhecimento da mulher como sujeito de direitos foi fundamental no processo de superação da

condição de subalternidade feminina. No entanto, a conquista formal de direitos não foi acompanhada pelo reconhecimento efetivo da mulher enquanto sujeito nas esferas privada, social, política e econômica.

Simultaneamente ao déficit de reconhecimento baseado em gênero, outros sistemas de opressão se sobrepõem, como o racismo, capitalismo e colonialismo. Diante disso, a perspectiva interseccional busca compreender as situações concretas e estruturais de desigualdade de gênero. O termo “interseccionalidade” foi cunhado pela jurista norte-americana KIMBERLE CRENSHAW para analisar o impacto de raça e gênero na experiência de discriminações vividas por mulheres negras. Para isso, ela identificou três formas de expressão da interseccionalidade, quais sejam: estrutural (posições de desigualdade reprodutoras de violência), política (práticas institucionais, inclusive de movimentos sociais) e representacional (associada às representações culturais).

Por um lado, a violência doméstica e o assassinato de mulheres atingem mulheres de todas as camadas sociais; por outro lado, índices (como os apresentados pelo Mapa da Violência citado acima) confirmam que mulheres negras de determinada renda e idade são as principais vítimas. Destemodo, a abordagem interseccional problematiza a experiência dessas mulheres. A interação entre gênero e raça condiciona os caminhos percorridos pelas mulheres quando buscam alternativas às situações de violência. O acesso à justiça, por sua vez, é também permeado pela interseccionalidade, já que a forma como as mulheres procuram assistência e atendimento varia conforme as especificidades constitutivas de cada mulher.

O conceito de interseccionalidade, desta forma, expressa o reconhecimento de diferentes formas de injustiça, análoga e empiricamente conectadas entre si. Dentre tais formas de injustiça, sublinhamos as injustiças relacionadas a gênero e raça. A questão do sujeito do feminismo se coloca assim em sua complexidade. A pluralidade de movimentos sociais e suas percepções demandam uma tarefa teórica atenta às diferenças e tendências emancipatórias. A elaboração do conceito de “sujeito do feminismo” deve atender para a diversidade de pessoas, situadas em diferentes posições sociais, geográficas e temporais, cujas demandas e reivindicações também são diversas. O sujeito do feminismo se apresenta como um sujeito político, ou seja, o modo pelo qual as diferenças são encaminhadas e a percepção de tal diversidade trata-se de uma questão nitidamente política. A heterogeneidade dos movimentos feministas e de suas ativistas se torna mais complexa quando combinada com formas de desigualdade, poder, discriminação, opressão, entre outras.

5 | LUTA FEMINISTA, DIREITOS HUMANOS E CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA

Enquanto categoria histórica, os direitos humanos germinaram com a Modernidade, no contexto iluminista das revoluções burguesas do século XVIII.

A proposta de classificar os direitos humanos em gerações se deve às ideologias percebidas na sucessão dos acontecimentos temporalmente localizados. O viés individualista do nascimento dos direitos humanos levou a lutas no século XIX a fim de reivindicar direitos econômicos, sociais e culturais, cujo gradual acolhimento jurídico conduziu ao Estado social de direito. Posteriormente, após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada em 1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e foi identificada como o marco inicial da “terceira geração”.

Com isso, nota-se a pretensão “universal” dos direitos humanos de terceira geração, ou seja, seu nascimento é marcado por um caráter transnacional. No entanto, no processo de evolução do direito internacional dos direitos humanos, operou-se uma transformação terminológica e de conteúdo ao se substituir “gerações” de direitos humanos e fundamentais (inspirados pelos ideais da Revolução Francesa) por “dimensões” de direitos. Nos termos de INGO WOLFGANG SARLET, “o reconhecimento progressivo de novos direitos humanos e fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” poderia ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra” (2016, p. 500).

No decorrer do século XX, o caráter transnacional foi acentuado pelo advento da globalização, especialmente a partir da década de 90. Como resultado, os fenômenos da “judicialização global” e da “litigância transnacional” se intensificaram, sobretudo no campo dos direitos humanos. Como meio de promover a democracia, a judicialização global pode ser efetiva, no entanto o projeto neoliberal dominante impõe obstáculos ao cumprimento dos direitos humanos pelos Estados nacionais. Assim sendo, a atuação das ONGs de direitos humanos, locais e transnacionais, se mostra fundamental na luta pela efetividade desses direitos. O “ativismo jurídico transnacional” praticado pelas ONGs de direitos humanos tem resultado em respostas por parte dos Estados nacionais, no entanto os efeitos práticos são ainda muito limitados.

No caso do Estado brasileiro, é possível diagnosticar um “Estado heterogêneo” o que, conforme CECÍLIA MACDOWELL SANTOS, seria “um Estado que, devido a pressões nacionais e internacionais contraditórias, assume lógicas diferentes de desenvolvimento e ritmo, tornando impossível a identificação de um modelo coerente de ação estatal comum a todos os setores ou campos de ação” (2007, p.28). No campo dos direitos humanos, os discursos do Estado brasileiro vão de encontro às suas práticas, ou seja, enquanto no âmbito internacional o país ratifica diversas normas de direitos humanos, no âmbito nacional e local práticas heterogêneas e contraditórias podem ser observadas (SANTOS, Boaventura de Sousa; 2006). Em outros termos, o Estado pode operar como um agente promovedor ou como um agente violador de direitos humanos.

Posto isso, questiona-se a instrumentalidade do direito enquanto meio para a emancipação. Através do ativismo jurídico transnacional, os movimentos sociais

e ONGs de direitos humanos lutam por outra possibilidade de existência na atual (des)ordem neoliberal. No Brasil da fase de transição política, os movimentos sociais participaram do processo de redemocratização. Como exemplo, o caso da criação das delegacias da mulher. Em 1984, o Brasil ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) e em 1995 a Convenção Interamericana para Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969) entrou em vigor em 1978 e foi ratificada em 1997 por 25 países.

A omissão ou ineficiência dos Estados democráticos em proteger os direitos humanos revela a necessidade de envolver outros agentes, de fortalecer os sistemas jurídicos internos alinhados aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos e de comprometer efetivamente os Estados com a defesa dos direitos humanos. Diante desse sistema de proteção, assim como de outros instrumentos de efetivação de direitos humanos, subsistem ainda violações constantes em diversas dimensões.

Nesse contexto, a luta feminista vem colaborando para afirmar valores democráticos no Brasil. Observa-se no atual cenário político brasileiro, assim como no internacional, uma preocupante reemergência do neoconservadorismo. Particularmente no Brasil, as ideologias alinhadas ao neoconservadorismo têm levado a situações de extrema violência e intolerância em relação a feministas, imigrantes, pessoas em situação de rua, entre outros grupos identificados como “ameaças” ao projeto neoconservador de exclusão e opressão. Apesar da lamentável difusão do ódio e da ignorância, em contrapartida os movimentos feministas brasileiros também têm se intensificado, vide a organização dos coletivos de mulheres e sua diversidade de atuação temática e regional. Portanto, ressignificar a resistência feminina se torna uma via de existência indispensável às mulheres brasileiras em meio ao desmedido retrocesso observado hoje.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O espaço público tem sido historicamente relacionado ao masculino, principalmente a partir do século XIX quando a separação entre o público e o privado foi determinante para o funcionamento do modelo capitalista de produção. A definição tradicional de espaço político, baseado nas supostas racionalidade e imparcialidade, expulsa as mulheres da esfera pública. Vale lembrar que o reconhecimento formal de direitos não garantiu representação e participação efetiva das mulheres no espaço político. No combate às restrições de acesso político, as mulheres têm se organizado em movimentos de luta por sua emancipação.

Com base nos dados da realidade apresentados anteriormente, é evidente a leitura do Brasil como um país violento, sobretudo assassino de mulheres negras. A noção de justiça é marcadamente enviesada por recortes de raça, gênero e classe, sendo urgentes muitas lutas e transformações sociais. As demandas por igualdade e reconhecimento se refletem no direito e, em matéria de combate às formas de violência contra a mulher, se refletiram por meio de alianças promovidas entre o governo de Luiz Inácio Lula da Silva e ONGs feministas, ao elaborar e aprovar a Lei Maria da Penha, representando uma vitória histórica dos movimentos feministas nacionais. Entretanto, a aplicação das previsões legais expõe sua insuficiência para garantir os direitos reconhecidos formalmente. Os limites impostos pelo próprio sistema jurídico e a escassez de recursos para efetivar as regras de proteção às mulheres têm constituído os principais obstáculos à efetividade dos direitos previstos. Por fim, a aprovação da Lei do Feminicídio, no governo de Dilma Rousseff, reflete um avanço no combate à instância última do controle da mulher pelo homem, qual seja: assassinato pela mera condição de ser mulher. A partir dos diversos dados apresentados neste trabalho, é incontestável a posição do Brasil enquanto país extremamente violento e assassino de mulheres e meninas.

No âmbito do direito internacional, a igualdade de gênero é uma garantia fundamental dos direitos humanos. No entanto, apesar da consolidação da rede de instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos, ainda persistem muitos desafios para a efetividade dos direitos humanos das mulheres. As mulheres ainda enfrentam muitos déficits de direito à educação, direito à saúde, direitos sexuais e reprodutivos, direito ao trabalho e de acesso à justiça. Quanto às lutas feministas pela efetividade dos direitos humanos e pela consolidação democrática, ela se apresenta hoje como uma possibilidade real de emancipação, ainda que restrita.

Com o restabelecimento dos Estados democráticos, pós ditaduras militares na América Latina, houve um processo de internalização das normas internacionais de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos nacionais. Com isso, as lutas das mulheres por igualdade se deslocaram da formalidade (o princípio da igualdade é fundamental em qualquer constituição que se pretenda democrática) para a igualdade de fato. No âmbito dos direitos humanos, os discursos do Estado brasileiro colidem com suas práticas, já que no ambiente internacional o país ratifica e se compromete perante diversas normas internacionais de direitos humanos, porém internamente promove práticas heterogêneas e contraditórias, violadoras de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014.

BRAH, Avtar. **Diferença, diversidade, diferenciação**. Cadernos Pagu, Campinas, n. 26, p. 329-376, Junho 2006.

BUTLER, Judith. **Gender trouble: feminism and the subversion of identity**. New York: Routledge, 1999.

CRENSHAW, K. W. Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. In: **Stanford Law Review**, vol. 43, n. 6, julho, 1991.

DE BARBIERI, Teresita. Certezas y malos entendidos sobre la categoría de género. In: **Estudios básicos de Derechos Humanos**. Vol. IV, IIDH, 47-84, San José, 1997.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? In: **Teoria Crítica no século XXI**. Jessé Souza, Patrícia Mattos (Org.). São Paulo: Annablume, 2007.

_____. **Unruly practices: power, discourse, and gender in contemporary social theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

_____. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “póssocialista”. **Cadernos de campo**, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006.

HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: **Teoria Crítica no século XXI**. Jessé Souza, Patrícia Mattos (Org.). São Paulo: Annablume, 2007.

_____. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2ª ed. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.

LAMAS, Marta. **La antropología feminista y la categoría “género”**. Nueva Antropología, vol. VIII, n. 30, México, 1986, p. 173-198.

RUBIN, Gayle. The Traffic in Women: Notes on the “Political Economy” of Sex, in: LEWIN, Ellen (edit.). **Feminist anthropology: a reader**. USA: Blackwell Publishing, 2006, p. 87-106.

SANTOS, Boaventura de Sousa. The Heterogeneous State and Legal Plurality. In Boaventura de Sousa Santos, João Carlos Trindade e Maria Paula Meneses (Org.), **Law and Justice in a Multicultural Society: The Case of Mozambique**. Dakar: Council for the Development of Social Science Research in Africa, 2006.

SANTOS, Cecília MacDowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 89, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões (“gerações”) dos direitos humanos e fundamentais: breves notas, Um dossiê sobre taxonomia das gerações de direitos, **Revista Estudos Institucionais**, vol. 2, p. 498-516, 2016.

SCOTT, Joan W. Gender: A Useful Category of Historical Analysis, in **The American Historical Review**, vol. 91, n. 5. (Dez., 1986), p. 1053-1075.

WASELFISZ, Julio J. **Mapa da violência 2015. Homicídio de mulheres no Brasil**. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015_mulheres.php>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: AS ROUPAS FEMININAS COMO VETOR DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Valcelene Amorim Pereira

Bacharela em Comunicação Social/Jornalismo;
Mestranda do Curso de Pós-graduação
em Memória: Linguagem e Sociedade da
Universidade do Sudoeste da Bahia - PPGMLS/
UESB; Bolsista Fapesb
valamorim.jor@gmail.com

Tânia Rocha Andrade Cunha

Professora Plena da UESB; Doutora em Ciências
Sociais da PUC/SP; Professora do Programa de Pós-
Graduação em Memória, Linguagem e Sociedade-
UESB
rochandrade@uol.com.br

RESUMO: Ao longo do tempo foram atribuídas às vestimentas finalidades mais relevantes do que apenas proteger o corpo. Elas foram transformadas em meios simbólicos de expressão sociocultural, de ideologias filosóficas e religiosas, de distinção socioeconômica, dentre vários outros aspectos. Ao longo da história, no que diz respeito às mulheres, a evolução das roupas sempre esteve entrelaçada às conquistas femininas, a exemplo da expansão da atuação delas no mercado de trabalho, maior liberdade em sua sexualidade, que impactaram, sobremaneira na mobilidade do corpo. No entanto, estas transformações no vestuário das mulheres acarretaram também uma problemática social, uma vez que a roupa passou a ser utilizada como objeto de

estratificação, discriminação, subjetivação e violência contra a mulher, contrapondo, dessa forma, o direito das mesmas sobre o próprio corpo e de escolher o que vestir sem julgamentos e/ou violência. Nesse sentido, o presente trabalho possui o objetivo de refletir sobre a utilização da roupa feminina como vetor de violência contra mulher.

PALAVRAS-CHAVE: Violência contra mulher; Roupas; Expressão Social.

ABSTRACT: Over time the garments were assigned more relevant purposes than just protecting the body. They were transformed into symbolic means of sociocultural expression, of philosophical and religious ideologies, of socioeconomic distinction, among many other aspects. Throughout history, with regard to women, the evolution of clothing has always been intertwined with women's achievements, such as the expansion of their work in the labor market, greater freedom in their sexuality, which have impacted, in particular, the mobility of the body. However, these changes in women's clothing also brought about a social problem, once clothing became used as an object of stratification, discrimination, subjectivation and violence against women, thus counteracting their right to self body and to choose what to wear without judgments and / or violence. In this sense, the present work aims to reflect on the

use of women's clothing as a vector of violence against women.

KEYWORDS: Violence against women; Clothing; Social Expression.

INTRODUÇÃO

Faz algum tempo que as roupas têm sido objeto de estudo de várias áreas do conhecimento a exemplo da Antropologia, Sociologia e História, pois as vestimentas são vestígios importantes para estudo e compreensão da estrutura social e das mudanças ocorridas na sociedade em diferentes épocas da história.

De acordo com Ferreira e Aragão:

Reconstruir as mudanças da natureza da moda e dos critérios que orientam as escolhas de vestuário é um modo de entender as diferenças entre o tipo de sociedade que está aos poucos desaparecendo e o que está lentamente emergindo. Por um lado as roupas da moda personificam os ideais e valores hegemônicos de um período determinado. Por outro, escolhas de vestuário refletem a forma pelas quais os membros de grupos sociais e agrupamentos de diversos níveis sociais vêm a si mesmos em relação aos valores dominantes. (FERREIRA E ARAGÃO 2015, p. 282 *apud* CRANE, 2006, p.12).

Nesse segmento, a partir da análise dos resultados de pesquisas encomendadas pela Caixa Seguros e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, verificou-se um número expressivo de brasileiros que compartilham da ideia de que mulheres que usam roupas provocantes não podem reclamar caso sejam vítimas de agressão sexual. Diante disso, fica patente a múltipla significação da roupa, inclusive como instrumento de opressão e sujeição da mulher.

Assim, para contribuir com o debate sobre violência contra as mulheres, a nossa pesquisa tem como objeto investigar como as vestimentas femininas podem ser interpretadas pela sociedade a ponto de serem usadas como justificativa para práticas de ações violentas contra as mulheres. Para tanto, buscamos fazer uma breve explanação sobre o uso da roupa como expressão social; de como as vestimentas femininas acompanham as transformações histórico-sociais e, por fim, como a violação dos direitos da mulher ao próprio corpo se torna uma violação aos direitos humanos e fundamentais da Constituição Federal de 1988, Art. 5º, I.

OBJETIVO

Analisar as vestimentas femininas como forma de expressão social, afirmação da identidade de um grupo étnico, religioso, cultural, entre outros, assim como meio de individualização das pessoas, visando contribuir com a discussão de como as vestimentas femininas podem ter seu significado desconfigurado e usado como motivação para a prática de violência, discriminação e objetivação da mulher.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

As Roupas Enquanto Expressão Social

As roupas são formas de expressão simbólica e de signos capazes de desvendar a estrutura social de cada período histórico, bem como de reformular seus significados ao passar do tempo. De acordo com Eco (1989) *apud* Monteiro (1999), as roupas surgiram com o intuito de o homem primitivo proteger seu corpo contra as intempéries climáticas do seu habitat. Logo depois, eles descobriram a utilidade simbólica da roupa como meio de divisão de gênero, hierárquica, poder e crença. E com o passar dos anos, tais características de diferenciação das pessoas por meio das roupas foram sendo ainda mais acentuadas dentro das sociedades. De acordo com Monteiro (1999, p.168) isso ocorre porque “a roupa sempre teve um caráter de marcar uma distinção, ou seja, é capaz de marcar a criação de subgrupos dentro de um grupo”.

Nesse sentido, Stallybras (2008) atribui às vestimentas um lugar de memória, de poder e de posse. Para fundamentar seu pensamento o autor explica o poder representativo das roupas na sociedade inca e esclarece que:

Quando os incas incorporavam novas áreas a seu reino, concedia-se aos novos cidadãos roupas para vestir, as quais, entre eles, eram altamente valorizadas. Mas esse presente não era, naturalmente, desinteressado. Esse presente têxtil era, como diz John Murra, “uma reiteração coerciva e, contudo, simbólica, das obrigações dos camponeses para com o Estado, bem como de seu novo status. (STALLYBRAS, 2008, p. 13).

Ainda em conformidade com o autor, na Inglaterra Renascentista, a roupa ascendeu ao status de valor monetário, o que originou, dessa forma, o que Stallybras (2008, p. 12) chama de sociedade da roupa. O autor explica que este título foi dado não apenas pelo fato de a Inglaterra ter como base econômica a indústria têxtil, mas sim por transformar a roupa em “moeda corrente, muito mais que o ouro ou a moeda”.

Nessa perspectiva, de acordo com Monteiro (1999, p. 169), as roupas vão adquirindo significados diferentes a depender da cultura e/ou período histórico, sendo usada como “símbolo de nobreza, graça e harmonia”, e no que diz respeito à religião, “demonstrando a retidão de espírito de quem as usava”.

Na modernidade, ainda conforme as considerações do autor, as roupas continuam a destacar a individualidade das pessoas. É um meio de expor a classe social a qual pertence, além de posicionamentos ideológicos, religiosos, cultural, político, entre outros aspectos.

É uma forma de o homem demonstrar que pertence a determinada classe social ou grupo. Demonstra, através das roupas, o quanto é bem sucedido, o quando soube e pôde se destacar dos demais. A roupa é símbolo de *status* e diferenciação social e da diferenciação dentro do próprio grupo. Através dos tempos, seus significados mudaram, mas o requinte social que representa está cada vez mais presente (MONTEIRO, 1999, p. 169).

Assim, fica evidente que as representações simbólicas das roupas perpassam

os séculos e na mesma proporção em que a sociedade passa por transformações em sua estrutura organizacional, as roupas tendem a modificar e atualizar os seus significados.

Roupa, Corpo e as Conquistas Femininas

As mudanças históricas são bem traduzidas por meio das vestimentas femininas. No período vitoriano, por exemplo, os trajes femininos possuíam um aspecto inconveniente e desconfortável. De acordo com Carli e Venzon (2008), as roupas eram caracterizadas por “babados, laçarotes, rendas, espartilhos, desenhando um corpo sinuoso de movimentos restritos e andar demorado”. Segundo Pereira (2015), esse modelo de roupa apontava a estrutura social vigente, na qual a ociosidade da mulher lhe assegurava estar na moda bem como afirmava a autoridade do homem. Portanto, como aponta Pereira (2015, p.208), quanto mais improdutiva a mulher, atestando sua isenção ou incapacidade para a atividade vulgarmente produtiva, mais estabelecida se torna a respeitabilidade do homem em seu lar,

É a partir do movimento Traje Racional iniciado em 1881, que aumentou a preocupação com aspectos não saudáveis das roupas femininas. Incentivado por esse movimento o guarda-roupa da mulher começa a passar por algumas transformações que conotam maior liberdade às mesmas. Entretanto, é a partir da Primeira Guerra Mundial que essas mudanças ficam mais evidentes.

Em conformidade com a Carli e Venzon (2008), durante a Primeira Guerra Mundial, as mulheres começam a atuar em profissões, até então, ligadas apenas ao universo masculino, como indústria armamentista e mineração.. Por conta disso, tornou-se necessário a realização de algumas reformulações nas vestimentas femininas, a exemplo dos espartilhos que diminuíram e transformaram-se em sutiãs, facilitando a mobilidade da mulher.

Ainda segundo as autoras, as décadas entre 1960 e 1970 é um período de renovação. A minissaia criada pela estilista inglesa Mary Quant é vista como representação do desejo de mudança vigente. Nesse mesmo período, com o advento da pílula anticoncepcional, as mulheres passam a experimentar uma revolução na vida sexual. As calças cumpridas também passam a compor o guarda-roupa delas, mediante a expansão do conceito de igualdade entre gêneros disseminada pela ideologia hippie presente na ocasião.

Mais adiante, na década de 1980, a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres é garantida por meio da Constituição Federal de 1988 (Art 5º, I, CF/88). O anseio por igualdade, principalmente no mercado de trabalho, é transmitido através dos paletós com grandes ombreiras, suspensórios, coletes e gravatas, que são incorporados ao traje feminino. A incorporação das ombreiras nos trajes femininos foi uma tentativa das mulheres de se equipararem aos homens de forma equitativa no mercado de trabalho.

Nos anos 2000, as mulheres continuam no ativismo por seus direitos,

principalmente no que diz respeito a igualdade de gêneros. Dentre várias reivindicações do movimento feminista, a luta para superar as barreiras e imposições sociais no tocante ao corpo da mulher, nos aspectos que dizem respeito ao poder de decisão sobre o que vestir sem sofrer julgamentos ou até mesmo violências, quer seja moral ou sexual, talvez, seja a luta que mais se destaque na atualidade.

A Sexualização do Corpo Feminino e os Direitos Fundamentais

A concepção de nudez sempre esteve ligada ao conceito de vergonhoso e por isso foi criada a necessidade de que o corpo nu fosse coberto. A partir dessa constatação, podemos verificar que a noção de pudor e moral está ligada, principalmente, às vestimentas. Como está escrito na (BÍBLIA, Gênesis, 3, 7): “Então os olhos dos dois se abriram, e perceberam que estavam nus; em seguida entrelaçaram folhas de figueira e fizeram cintas para cobrir-se”.

Na mesma proporção em que a visão de pudor e de moral estão vinculadas às vestimentas, fica a cargo da mulher o “dever” de se resguardar. Isso fica evidenciado na declaração feita por um policial, durante a realização de um fórum de segurança no campus de uma universidade em Toronto, quando ele diz que estupros poderiam ser evitados se as mulheres não se vestissem como vagabundas, putas, vadias. Gomes e Sorj (2014, p. 437) reconhecem nesta declaração “um exemplo amplamente aceito de como a violência sexual é justificada com base no comportamento e corpo das mulheres”. Tal alegação deu início a protestos que são realizados, desde então, em várias cidades do mundo, denominado de “Marcha das Vadias”, na qual as mulheres utilizam as roupas e seus próprios corpos como meio de manifestação política de reivindicação da liberdade quanto ao corpo, forma de vestir, entre outras questões. Nesse sentido, as autoras explicam que:

O slogan “Se ser livre é ser vadia, então somos todas vadias”, comum às marchas de diversas cidades, ilustra esta ideia central. Para expressá-la, as/os participantes lançam mão de roupas sensuais, batom vermelho e topless nas marchas. Palavras de ordem são escritas em seus corpos, como “meu corpo, minhas regras”, “meu corpo não é um convite”, “puta livre”, “útero laico”, “sem padrão”. Pelo artifício da provocação, o corpo é usado para questionar as normas de gênero, em especial, as regras de apresentação do corpo feminino no espaço público (GOMES e SORJ 2014, p. 437 e 438).

Os protestos como as “Marchas das Vadias” são respostas ao comportamento intolerante que ainda é corrente na sociedade moderna. Isso é comprovado em pesquisas como a encomendada pela Caixa Seguros, “Atitude e Tolerância: o Que os Jovens Pensam sobre Sexualidade”, no qual metade dos jovens brasileiros com idade entre 18 e 29 anos consideram que mulheres vestidas de forma insinuante não podem reclamar se sofrerem violência sexual e pouco mais de 10% são indiferentes a esse tipo de violência. A pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em parceria com o Datafolha, divulgada em 2016, segue o mesmo viés, e revelou que, no Brasil, 30% dos homens e mulheres concordam com a afirmação:

“A mulher que usa roupas provocantes não pode reclamar se for estuprada”. Essas pesquisas problematizam o pensamento machista de que o comprimento da roupa ou o aprofundamento do decote que as mulheres usam seriam um indicativo de disponibilidade sexual, atrelando as peças de roupas uma ressignificação, no qual o corpo feminino é objetivado.

Essa discussão desencadeia uma importante reflexão acerca dos direitos fundamentais, previsto no Art 5º, I, da CF/88, e nos direitos humanos, que garantem a liberdade, igualdade, educação, segurança, entre outros pontos, e que estão sendo negligenciados às mulheres, na medida em que as mesmas têm o direito de ir e vir restringido por conta do uso de determinada roupa, pois sua segurança está ameaçada por uma suposta falta de controle da sexualidade masculina. Ou em seu direito de igualdade, quando há imposições estipuladas exclusivamente às mulheres por causa de uma suposta superioridade masculina introduzida na cultura social pelo sistema patriarcal de gênero.

Posto isso, de acordo com Silva (2014), o Brasil é pressionado, de forma mais enfática desde a década de 1990, que se posicione de forma mais eficiente e eficaz nas questões relacionadas à violação dos direitos da mulher, colocando como violação dos direitos humanos. Assim, em conformidade com a autora, após incisivas pressões da sociedade e comunidade internacional,

O Brasil, como os demais estados membros das Nações Unidas, assumiu o compromisso de prover a equidade e a igualdade de gênero como questão de segurança pública. Para tanto, fez-se necessário, que o Estado atuasse no sentido de mudar práticas e mentalidades, alterando os padrões discriminatórios, socioeconômicos, culturais, políticos e sociais que alimentam as relações de poder, contribuindo para a mudança da situação de subordinação das mulheres e garantindo a sua segurança. (SILVA, 2014, p.77).

MÉTODOS

Para a composição desse estudo foi utilizado o método de análise bibliométrica, tendo em vista a investigação de tudo o que está sendo discutido, produzido e gerado a respeito do tema aqui proposto, com a preocupação de caracterizar o que de fato é relevante para a compilação de conhecimento sobre novas perspectivas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com Silva 2014, a violência contra a mulher, talvez, seja o crime mais comum de violação dos direitos humanos e é praticado independentemente da classe social, situação socioeconômica ou localização do globo terrestre onde esta se encontre. Apenas o fato de ser do sexo feminino é uma razão desencadeadora da violência. O uso de determinadas roupas consideradas inadequadas e imorais pela sociedade machista já é um vetor de propagação da agressão contra mulher.

Historicamente o controle sobre o corpo feminino e sua sexualidade é manifestado pela proibição de certas vestimentas. Em conformidade com Pierre Bourdieu (1989, p. 25), que trata dos fenômenos de percepção social, da produção simbólica e das relações de poder, a roupa feminina é dotada de simbologias. Ele informa que “aquela que mantém sua cintura fechada, que não a desamarra é considerada virtuosa, casta e limite simbólico, pelo menos para a mulher, entre puro e impuro”. Dessa forma, podemos entender que a sociedade agrega às roupas femininas o valor moral da mulher, isto é, aquela que usa roupas mais “recatadas” seria digna de ser respeitada, mas aquela que deixa seu corpo a mostra, seria objeto de apreciação pública, portanto, indigna de respeito.

Assim, fica ilustrado a necessidade imediata da investigação dos componentes subjetivos socioculturais que viabilizam a propagação de ideias machistas a cerca da indumentária feminina que fomentam a violência contra a mulher, como apontam as pesquisas abordadas nesse estudo. Nesse sentido, o presente trabalho tem a intenção de contribuir para o debate a cerca da violência contra a mulher, no qual a roupa é o objeto de estudo, destacando a importância da resignificação das roupas para o empoderamento feminino quanto ao próprio corpo e a vigilância do Estado para garantir o efetivo cumprimento dos direitos do sujeito mulher.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 10, 2016. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18112016retificado.pdf

BÍBLIA. A. T. Gênesis. In: BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada: contendo o antigo e o novo testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966.

Bourdieu, Pierre. A Dominação Masculina; tradução Maria Helena Kühner, - 2ª ed.- Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. 160p.

CARLI, Ana Mery Sehbe de; VENZON, Bernardete Lenita Susin. Interação moda e vida: o feminino no século XX. Disponível em: http://coloquiomodas.com.br/anais/anais/4-Coloquio-de-Moda_2008/42654.pdf. Acesso em: 02/05/2018.

FERREIRA, Carla Moura; ARAGÃO, Camila Maria Albuquerque. A expressão social da roupa como estímulo à violência contra a mulher, In: **MODA DOCUMENTA: Museu, Memória e Design 2015**. Anais do Congresso Internacional de Memória, Design e Moda, São Paulo, 2015. São Paulo: MIMo / Estação das Letras e Cores Editora, Ano 2, n. 01, p. 282-291, 2015.

GOMES, Carla; SORJ, Bila. Corpo, geração e identidade: a Marcha das vadias no Brasil. **Soc. estado.**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 433-447, ago. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200007&lng=pt&nrm=iso. acessos em 08 maio 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922014000200007>.

MONTEIRO, G. 1999. Metalinguagem das roupas. In: T.G. CORREA; S.G. FREITAS (orgs.), Comunicação, marketing, cultura: sentidos da administração, do trabalho e do consumo. São Paulo, ECA/ USP/CLC, p.167-181.

PEREIRA, Carolina Morgado. Vestuário e a Moda: e suas principais correntes teóricas. Revista ModaPalavra e-Periódico vol.8, n.15, p. 202-221, jul.2015. Disponível em <<http://www.revistas.udesc.br/index.php/modapalavra/article/viewFile/5016/4112>>. Acesso em 08 de maio de 2018.

SILVA, Ivana Patrícia Almeida da. Lar [in]dócil Lar”: A memória e o silêncio da violência no contexto das relações conjugais; Vitória da Conquista, 2014

STALLYBRASS, Peter . O casaco de Marx: roupas, memória, dor; tradução de Tomaz Tadeu. - 3. ed. - Belo Horizonte : Autêntica Editora, 2008.

O ATIVISMO JUDICIAL E A QUESTÃO DA INFERTILIDADE FEMININA

Francisco José da Silva Júnior

Faculdade Natalense de Ensino e Cultura
Natal – Rio Grande do Norte

Diego Sidrim Gomes de Melo

Faculdade Natalense de Ensino e Cultura
Natal – Rio Grande do Norte

RESUMO: Este artigo tem por finalidade jungir a questão da infertilidade feminina e o exercício do ativismo judicial, mormente quando o Poder Público não fornece tratamento visando combater problemas no organismo feminino que inviabiliza a capacidade reprodutora da mulher. Para tanto, é necessário entender o que seria um regime democrático, onde a participação popular, o respeito e a harmonia entre os poderes constituídos revelam-se como algo indispensável à manutenção da vida em sociedade. O ativismo judicial é muito utilizado para proporcionar o gozo de direitos fundamentais diante da negativa estatal, muitas vezes rompendo com as barreiras da formalidade e concedendo direitos sem previsão legal ou constitucional, o que não se confunde com arbitrariedade ou subjetivismo. O método escolhido é o descritivo-analítico e a pesquisa ostenta natureza teórico-bibliográfica com a busca por artigos e demais bibliografias que melhor retratem o assunto de maneira didática e transparente. Entender a dignidade

da pessoa humana como pilar em um Estado Democrático de Direito e enxergar a infertilidade como um problema social de repercussão nacional e internacional são necessários para compreender o modo como se desenvolve a intervenção judicial nas políticas públicas, fenômeno cada vez de maior prestígio na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Infertilidade feminina. Estado Democrático de Direito.

JUDICIAL ACTIVISM AND THE QUESTION OF FEMALE INFERTILITY

ABSTRACT: This article aims to overcome the issue of female infertility and the exercise of judicial activism, especially when the government does not provide treatment to combat problems in the female organism that makes the reproductive capacity of women unviable. In order to do so, it is necessary to understand what a democratic regime would be, where popular participation, respect and harmony among the constituted powers prove to be indispensable to the maintenance of life in society. Judicial activism is widely used to provide the enjoyment of fundamental rights in the face of state refusal, often breaking with the barriers of formality and granting rights without legal or constitutional provision, which is not

confused with arbitrariness or subjectivism. The method chosen is descriptive-analytical and the research has theoretical-bibliographic nature with the search for articles and other bibliographies that best portray the subject in a didactic and transparent way. Understanding the dignity of the human person as a pillar in a democratic state of law and seeing infertility as a social problem of national and international repercussion are necessary to understand how judicial intervention in public policies develops, an increasingly prestigious phenomenon in the society.

KEYWORDS: Judicial activism. Female infertility. Democratic state.

1 | INTRODUÇÃO

A finalidade deste artigo é discutir o uso do ativismo judicial diante da questão da infertilidade feminina, encarando-a como um problema de saúde e um dever do Poder Público em combatê-la. Questiona-se se a interferência do Poder Judiciário na concessão de políticas públicas originariamente de competência do Poder Executivo seria algo que não guardasse consonância com o Estado Democrático de Direito, uma vez que neste modelo há a prevalência da separação dos poderes.

No passado, a sociedade vislumbrava o absolutismo, modelo de gestão onde o ponto marcante era a concentração de poderes nas mãos de um único personagem: o monarca. Isto foi tratado como sinônimo de autoritarismo, uma vez que os direitos fundamentais não eram respeitados. Com a ascensão da burguesia, tal modelo caiu por terra, justamente por ser contrário aos interesses dos poderosos, os quais trouxeram à baila como antídoto a ausência de intervenção estatal nas relações particulares.

Em princípio, parecia que o modelo adotado de Estado Social supriria a necessidade da população. Entretanto, a precarização das condições de trabalho e o abandono da dignidade da pessoa humana fizeram com que a população exigisse do estado uma atuação proativa na sociedade no afã de se evitar arbitrariedades e desrespeito aos direitos fundamentais. A sociedade clamava pela existência de um núcleo intangível de direitos e condições mínimas de sobrevivência.

Para se perseguir tal fim, impende criar uma separação formal de funções estatais, distribuindo-as para Poderes diferentes. Com isto, busca-se afastar a remota possibilidade de surgimento do absolutismo. No entanto, as tratativas Estado-sociedade eram calcadas no princípio da legalidade estrita, ou seja, sem qualquer análise do caso concreto. Isto também produz abusos, na medida em que as pessoas não estarão sempre em situações isonômicas – tudo dependerá da análise do caso concreto.

É a partir deste momento que germina a noção de Estado Democrático de Direito e a separação de poderes como elemento inarredável deste modelo. Inicialmente rígido, o princípio em exame acabou sendo substituído por algo mais flexível, uma vez que a própria Carta Magna admite interferências legítimas de um poder sobre o

outro. Assim, possivelmente se extrai sucedâneo para o ativismo judicial, ferramenta necessária na intervenção de políticas públicas para garantir os direitos fundamentais.

O ativismo judicial é vislumbrado como uma ferramenta apta a contornar formalidades e omissões do ordenamento normativo. Utiliza como alicerce uma exegese conforme a Constituição Federal, permitindo o usufruto de direitos sem previsão expressa de concessão. O fato de a Carta Magna ser garantista e agasalhar uma gama de direitos fundamentais serve de verdadeiro combustível para o ativismo. E aí entra em cena a questão da infertilidade feminina como um problema que necessita de tratamento.

Serão analisadas duas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde o cerne era conceder ou não tratamento contra a infertilidade. Percebe-se que a justiça gaúcha possui posicionamentos antagônicos sobre o assunto, de modo que a dignidade da pessoa humana e a busca pela felicidade surgem como vetores axiológicos auxiliares na ponderação de princípios e prolação de uma decisão que se amolde ao que persegue a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88).

A metodologia escolhida é o método descritivo-analítico, onde foram analisados julgados e a pesquisa ostenta natureza teórico-bibliográfica com a busca por artigos e demais bibliografias que melhor retratem o assunto de maneira didática, transparente e sistemática. Durante o trabalho, utilizou-se a expressão monarca, figura existente nos tempos do absolutismo, detentora de todas as funções estatais e governante máximo do estado.

Para melhor exploração do conteúdo, dividiu-se esta pesquisa da seguinte forma: esta breve introdução, desenvolvimento e considerações finais. Em seu desenvolvimento, será trabalhada a questão do Estado Democrático de Direito, associando-o ao princípio da separação dos poderes. Em seguida, definir-se-á o termo ativismo judicial e suas implicações no âmbito da infertilidade feminina – análise de decisões. Finalizando, serão apresentados resultados da pesquisa.

2 | ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A fase absolutista é bem lembrada pela máxima “*the king can do no wrong*”, ou seja, a total irresponsabilidade estatal por seus atos. Ademais, as decisões eram alicerçadas em pleno subjetivismo, uma vez que o monarca decidia com base em suas convicções pessoais, as quais facilmente poderiam ser manipuladas pela classe financiadora de seu governo. A insegurança jurídica era tanta que o governante poderia imiscuir-se no campo econômico, político e na esfera de direitos dos cidadãos, irrestritamente. (MESQUITA, 2014)

Após a Revolução Francesa de 1789, instaurou-se o Estado Liberal, modelo o qual se contrapõe à monarquia até então vigente. É caracterizado pela não-intervenção estatal na economia privilegiando, pois, a liberdade e livre exploração

econômica pelos particulares. Ademais, havia uma busca incessante pela codificação de condutas, de modo que todos deveriam ser submissos ao ordenamento jurídico em vigor, inclusive o Estado, com o fito de evitar discriminações e arbitrariedades. (ORBUZ NETO; FONSECA, 2016)

No Estado Liberal prevalecia a ideia de estado mínimo, de forma que aos particulares é dada autonomia plena para estabelecer relações jurídicas. A regra o absentéismo estatal, salvo situações excepcionais. A excessiva observância à lei também é uma de suas características marcantes, traços que acabaram agravando ainda mais a crise social e a não proteção devida aos direitos fundamentais. O que havia apenas era uma legalidade sem atenção a qualquer aspecto material da situação. (MESQUITA, 2014)

Com o capitalismo, a burguesia percebeu que o lucro era a *ratio essendi* do negócio, de modo que questões secundárias como saúde e bem-estar dos trabalhadores deveriam ser deixadas em segundo plano. As condições humilhantes de trabalho e os baixos salários provocados pela especialização da função, bem como o surgimento da mecanização e produção em grande escala fizeram com que a classe operária se unisse e pressionasse o Estado na busca por direitos mínimos que garantissem uma vida digna. (MESQUITA, 2014)

O Estado, por sua vez, adotando política não intervencionista (*laissez faire*), cristalizada pelos poderosos, foi forçado a atuar no sentido de garantir direitos à sociedade. Surge então o conceito de Estado Social de Direito, destinado a promover os direitos da sociedade, razão pela qual não poderia permanecer inerte diante das tratativas entre particulares, ou seja, deveria o Poder Público interferir em tais relações no desiderato de reduzir as desigualdades sociais. (CORREIA; LIMA, 2015)

Para conseguir tal façanha, o modelo social preocupou-se com a mudança de pensamento. Percebeu-se que a igualdade formal era sinônimo de discriminações e submissão a condições degradantes e subumanas. As desigualdades teriam que ser encaradas e faziam com que os desiguais fossem tratados desigualmente. Um outro ponto levado em consideração é a proteção singular destinada aos direitos fundamentais, os quais passam a exigir do Estado sair da inércia. (ORBUZ NETO; FONSECA, 2016)

A evolução da sociedade fez surgir o Estado Democrático de Direito, preocupado em corrigir algumas falhas existentes no modelo anterior, mormente as desigualdades que permanecem e a falta de participação popular inerente a uma democracia. O novel modelo, diga-se de passagem, igualitário, nasce com polimento diverso dos regimes anteriores, os quais utilizaram as leis em benefício próprio, maculando direitos fundamentais e cometendo atrocidades como foi o nazismo e seus campos de concentração. (GEARY, 2010)

Para Ranieri, a noção de Estado Democrático de Direito está associada à promoção e amplo agasalho dos direitos fundamentais, tendo a dignidade da pessoa humana como meio balizador de atos proferidos pelo Poder Público. Possui, outrossim,

à guisa de fundamentos, a soberania e participação popular, bem como a justiça social. Deve-se fomentar a ampla participação da sociedade para, assim, assegurar que as decisões estatais nada mais sejam do que a materialização da vontade do povo. (RANIERI, 2013)

Finalizada esta parte inicial, ingressar-se-á na questão da separação dos poderes, encarada como verdadeira aversão ao absolutismo, justamente por defender a necessária divisão de funções entre Poderes para melhor prestação do serviço público, permitindo também a ingerência de um Poder sobre o outro para evitar o agigantamento entre estes. Encarada, em um primeiro momento como rígida, esta norma constitucional de eficácia plena logo evoluiu para uma flexibilidade necessária no exercício das funções Legislativa, Executiva e Judicial.

2.1 Princípio da Separação dos Poderes

Verdadeiro antídoto no combate ao absolutismo, a separação de poderes é visualizada como algo ínsito à democracia, uma vez que as diversas funções que compõem um Estado devem ser administradas por Poderes diversos, todos em harmonia, isto é, havendo respeito mútuo sobre os limites de cada um. O problema gravita em onde situar o divisor de águas necessário para demarcar tais limitações. Para Montesquieu, não há se falar em liberdade se não houver a tripartição de poderes:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 1996, p. 168)

O Judiciário, via de regra, não deve imiscuir-se na esfera de competência dos demais Poderes. Excepcionalmente, em flagrante desrespeito aos direitos fundamentais, deve o julgador adentrar no mérito administrativo para garantir o mínimo existencial para uma vida digna, não cabendo falar em violação da reserva do possível ou separação dos Poderes, pois, conforme entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal, tais argumentos não podem sustentar o descumprimento de deveres constitucionalmente impostos. (SILVA JÚNIOR, 2018)

Viveu-se um tempo em que a separação de poderes era algo topograficamente delimitado, isto é, não havia lacuna que autorizasse um poder velejar nas águas de outro. Leites acrescenta a existência de uma Lei Francesa que, de 16 a 24 de agosto de

1790, estabeleceu total separação entre as funções administrativa e judicial, de modo que nenhum juiz poderia imiscuir-se na atividade daqueles que desempenhavam a função administrativa. Faltava sinergia entre as funções. (LEITES, 2008)

Neste sentido pairava um certo temor na mitigação ao princípio em exame, tendo em vista que havia a possibilidade de juízes e tribunais obstaculizarem o avanço decorrente das revoluções. Entretanto, a natural evolução da sociedade e do direito fizeram com que a temida flexibilização se transformasse em algo inarredável em um Estado Democrático. Os anseios sociais e a busca frenética por uma melhor prestação do serviço público fizeram com que a rígida separação dos poderes fosse superada.

A ideia de compulsória segregação deu lugar a uma flexibilidade necessária, onde cada poder teria previsão para exercer com maior preponderância uma função, o que se denomina de função típica, como também estaria autorizado a desempenhar funções inerentes a outro poder – exercício atípico. Segundo esse prisma, poderia o Judiciário, *v.g.*, desempenhar com menor abrangência a função executiva (realizasse sua administração interna) e a legislativa (elaborasse seu regimento). (ALEXANDRINO; PAULO, 2017)

3 | DO ATIVISMO JUDICIAL

O termo ativismo judicial não é algo inédito no cenário jurídico. Há registros de sua aparição em 1947, atribuída a Arthur Schlesinger, em publicação da Revista Fortune. Para o autor, ativismo é sinônimo de protagonismo, ou seja, pode o julgador analisar situações não lhe albergadas primariamente no texto constitucional. Neste diapasão, estaria autorizado a “escrever uma nova história”, tudo em benefício da proteção dos direitos fundamentais e favorecimento da classe excluída da sociedade. (OLIVEIRA; SILVA AZEVÊDO, 2015)

Consoante renomada doutrina no assunto, ativismo judicial é uma ferramenta que induz o intérprete a visualizar uma norma de maneira criativa e ousada, expandindo seu sentido e alcance, fenômeno necessário para “*bypassar*” as formalidades existentes, quando estas inviabilizarem o exercício de direitos. É materializado principalmente nas interferências em políticas públicas decorrentes de ações ou omissões dos poderes responsáveis e na edição de súmulas de caráter vinculante. (VITÓRIO, 2013)

A sociedade evolui a cada dia. A tecnologia transformou processos físicos em digitais. A era da robótica e genética invadiu assustadoramente a sociedade, de forma que o Direito não conseguiu acompanhar tamanha evolução. E esta jamais poderá se distanciar daquele, sob pena de o direito constituir verdadeiro óbice ao progresso das nações. O futuro induz o legislador a rever a exegese realizada no desiderato de evitar a solidificação do pensamento e a impotência dos estatutos normativos.

(NADER, 2012)

Como o legislador não consegue disciplinar todas as condutas passíveis de normatização, as lacunas que porventura existam, deverão ser colmatadas pela via judicial. A hipertrofia legislativa na tentativa de disciplinar todas as situações acaba por desencadear uma sensação de impotência legislativa, fenômeno titulado de anomia. As pessoas começam a desacreditar na máquina legislativa e passam a infringir o ordenamento na crença de que jamais serão responsabilizadas. (GRECO, 2017)

Conhecido o conceito de ativismo judicial, urge seguir adiante no escopo de verificar sua relação com um problema de saúde que ataca a população feminina mundial: a infertilidade. Será esmiuçada a possibilidade de utilização desta ferramenta judicial na concessão de tratamentos de fertilização com fulcro em posicionamentos nacionais e internacionais descrevendo o sinistro como problema de saúde, bem como o posicionamento da justiça gaúcha sobre o assunto.

3.1 Ativismo Judicial e a Questão da Infertilidade Feminina

Acompanhar a gestação e gerar uma nova vida é sonho de consumo de milhares de mulheres em todo o mundo. O prazer de carregar consigo um futuro herdeiro, dar-lhe amor e carinho, além de registrar bons momentos é algo praticamente indispensável na vida de uma gestante. No entanto, algumas mulheres possuem dificuldades para engravidar, razão pela qual necessitam de um tratamento específico – público ou particular – de fertilização humana.

Entretanto, algumas não possuem condições de arcar com os custos destes tratamentos, motivo pelo qual recorrem ao Judiciário. Para tanto, as pretensões fundamentam-se no art. 196 da CRFB/88 cuja redação reza que é dever do Estado garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas. Nesse diapasão, analisar-se-ão dois julgamentos proferidos pelo Tribunal Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) abordando a questão da infertilidade e o direito fundamental à saúde. (GAVIÃO FILHO, 2015)

O primeiro deferiu as pretensões da interessada justamente com fundamento no aludido dispositivo (TJ-RS, 2013, *on-line*). Para o TJ-RS, a Carta Magna assegura o direito de gerar uma vida, algo umbilicalmente relacionado ao direito à saúde. Nota-se também que a decisão encontra-se estreitamente irmanada com a busca pela felicidade. Para Celso de Mello, o princípio constitucional da felicidade encontra guarida na própria dignidade da pessoa humana, não podendo, pois haver negativa à geração de uma vida no ventre materno (STF, 2011, *on-line*). Para o ministro:

Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivção desse princípio no plano do direito comparado. (MELLO, 2011, *apud* STF, 2011, p. 3)

Vaticina Ayres Brito, em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF, que discutia a polêmica união homoafetiva, o cerne era a busca pela felicidade. De nada adianta deter bens materiais, poder e não ser feliz. Isto é algo a ser buscado também pelo legislador, ou seja, as leis devem proporcionar felicidade. Os homossexuais não podem ser felizes e ter uma vida digna, haja vista encontrarem óbices legais erigidos (STF, 2011, *on-line*). Conforme o ministro:

(...) Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. (...) (STF, 2011, p. 638)

A segunda decisão proferida pelo TJ-RS surpreendentemente negou mesmo direito à mulher interessada em tratamento visando à fertilidade. O Tribunal sustentou que não há atentado à vida ou à saúde da mulher que obrigue o Estado a custear tratamentos de tal jaez (TJ-RS, 2013, *on-line*). *Concessa venia*, a geração de uma criança no ventre materno é um sonho alimentado durante toda vida e sepultá-lo é algo que não se coaduna com um Estado Democrático de Direito. (GAVIÃO FILHO, 2015)

O conceito de direito constitucional à saúde não é precisamente definido pelo legislador constituinte ou ordinário, razão pela qual impende descobrir se a infertilidade pode ou não ser agasalhada pelo referido direito. Ela é reconhecida pela Organização Mundial da Saúde como doença, tanto é que possui classificação própria (CID N97). Se é vislumbrada como doença pela comunidade internacional, resta saber como é enxergada no ordenamento vigente da República Federativa do Brasil. (GAVIÃO FILHO, 2015)

A Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM) considera infertilidade feminina como problema de saúde, com implicações tanto na órbita médica como na psicológica e busca, com a evolução do conhecimento científico conquistada ao longo dos anos, superá-la. Debruçando-se sobre o conteúdo da supracitada resolução, resta cabalmente comprovado que o tema guarda importância para as autoridades nacionais e internacionais. Ambas a consideram como sendo um problema de saúde.

Nesta senda, eis que surge o art. 226, §7º da CRFB/88, dispondo que o planejamento familiar é alicerçado na dignidade humana e da paternidade responsável, de modo que é de livre escolha do casal a opção pela família, cabendo ao Estado propiciar meios educacionais e científicos para o seu exercício. É dever estatal fornecer meios para a proliferação familiar, razão pela qual é lícito pleitear tratamento de fertilização, uma vez que a sinergia entre os diversos diplomas converge nesse sentido. (GAVIÃO FILHO, 2015)

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se que é possível visualizar com clarividência que o ativismo judicial, fenômeno cada vez mais recorrente na atualidade, foi utilizado no Rio Grande do Sul para se efetivar direitos outrora excluídos do interesse do Poder Público e que a infertilidade feminina, por ser encarada como problema de saúde, merece a proteção do legislador ordinário e do Poder Executivo, razão pela qual, diante de omissões ou negativas de direitos, pode o Poder Judiciário assegurar a famigerada efetivação.

Durante a evolução da sociedade e do Direito, o objetivo maior seria a busca pelo melhor agasalho dos direitos fundamentais. Diante de um desrespeito evidente (modelo absolutista), a sociedade se revoltou a ponto de exigir do legislador que se afastasse das relações particulares no afã de se evitar autoritarismos como os presenciados. Mesmo assim, o que se descobriu foi que o sujeito ativo das arbitrariedades é que mudou – do príncipe para a burguesia.

Em resposta à ameaça criada, a sociedade passou a exigir do estado que saísse da inércia, evitando assim que a classe dominante se aproveitasse do sistema para cometer atrocidades e a promover o sucateamento de direitos. Além de um estado cumpridor das leis, queria a classe menos favorecida que este interviesse nas relações privadas, evitando que o mais fraco se submetesse a situações deploráveis na busca incansável pelo lucro exacerbado e antiético dos poderosos, pois.

Para conter em um invólucro a possibilidade de retorno do absolutismo, desenvolveu-se a ideia de separação de funções estatais, justamente porque, se assim não fosse, o detentor do poder agiria sem limites e desrespeitando a ideia de proteção a um núcleo mínimo de direitos capaz de assegurar uma vida digna em sociedade. A separação dos poderes atua como verdadeiro escudo no combate às atrocidades alhures vividas. Entretanto, uma sólida e cristalizada separação não poderia prosperar.

Neste diapasão é que veio a ideia de flexibilidade, assegurada inclusive constitucionalmente. A intervenção sadia proporciona maior controle de um poder sobre o outro, preservando a harmonia entre estes. Possivelmente deste cenário é que surge a ideia de ativismo judicial, uma intervenção protagonizada pelo Poder Judiciário que se utiliza de uma interpretação ousada e criativa da CRFB/88 para agasalhar direitos, mormente o da classe menos favorecida e excluída historicamente.

Como meio de assegurar observância à Constituição, o ativismo foi utilizado em uma das decisões como forma de efetivação de direitos constitucionais. Muitas vezes, a mulher é preparada a vida inteira para ser mãe – sonho alimentado por gerações. Diante da notícia de que métodos naturais restarão infrutíferos, a mulher pode até cair em depressão. E se o Poder Público negar tal tratamento, o que será desta pessoa? Não há outra escolha senão recorrer ao judiciário para usufruir de seu direito tolhido.

E como fica a situação do Poder Judiciário diante de tais pretensões? Não

pode este se furtar em decidir, sob pena de violação sistemática à inafastabilidade de jurisdição. De igual monta, não poderá sucumbir diante de formalidades como uma rígida separação de poderes ou questões orçamentárias, sob pena de também incorrer em outra violação: ser coautor de um sepultamento de direitos fundamentais. Diante da ideia de busca da felicidade e dignidade da pessoa humana, a concessão é algo natural.

Em uma de suas decisões, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul enveredou pela negativa de tal direito, sob a rubrica de que não há um atentado à saúde da mulher que justifique a concessão de tratamentos de tal jaez. A decisão, *permissa venia*, mais parece estar calcada na discricionariedade administrativa ou na questão orçamentária, fundamentos que não elidem a prestação do direito à saúde e o direito de planejamento familiar, constituindo, pois, verdadeiro óbice à efetivação de direitos.

Em visão diametralmente oposta, houve outra decisão que concedeu direito de tratamento no combate da infertilidade com fulcro no direito de gerar uma vida, este constitucionalmente assegurado. De igual modo, tal pretensão tangencia a ideia de busca da felicidade, algo inarredável por diplomas normativos ou princípios. Inteligência da decisão neste sentido, uma vez que enxerga a infertilidade como um problema de saúde que merece combate e proporciona à mulher o direito de ser mãe.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado** – 25. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. DJ, 14 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.957, de 15 de dezembro de 2010. **Normas técnicas para utilização das técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 02 ago. 2018.

CORREIA, Alana Carlech; LIMA, Eduardo Martins de. **O controle como elemento de garantia no estado democrático de direito**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2g6i4xpi/7b6dqt8rftBPVoD7.pdf>. Acesso em 22 ago. 2018.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Ativismo judicial, direito fundamental à saúde e a infertilidade feminina**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/g5zmv4pn/uj9Lhp5MEpUuuc49.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2018.

GEARY, Dick. **Hitler e o nazismo**. 1ª ed. Tradução de Alexandre Kappaun. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, volume I – 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

LEITES, Henrique Moreira. **Discricionariedade administrativa**: uma aproximação hermenêutico-constitucional. Redação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

MESQUITA, Máira de Carvalho Pereira. **O contraditório no estado constitucional brasileiro**. Redação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 132.

OLIVEIRA, Tassiana Moura de; AZEVÊDO, Ana Paula da Silva. **O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais**: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/51f4alp5/4IDtcxD58AzQ2lx3.pdf>. Acesso em 23 jul. 2018.

OBRZUT NETO. Eduardo Ernesto; FONSECA, Karina Maria Mehl. **A luta por reconhecimento e o estado democrático de direito**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/509my5cz/jPk5X2Elv70QYF4v.pdf>. Acesso em 19 ago. 2018.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do estado**: do estado de direito ao estado democrático de direito. Barueri, São Paulo: Manole, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento** (AI 70051816536 RS). Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal, Primeira Câmara Cível, julgado em 24/04/2013, DJ 02/05/2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112887460/agravo-de-instrumento-ai-70051816536-rs?ref=serp>. Acesso em 26 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Reexame Necessário** (REEX 70052806189 RS). Relator: Desembargador Heleno Tregnago Saraiva, Segunda Câmara Cível, julgado em 10/04/2013, DJ 26/04/2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112765053/apelacao-e-reexame-necessario-reex-70052806189-rs>. Acesso em 02 nov. 2018.

SILVA, Teodolina Batista da; VITÓRIO, Cândido. **Ativismo judicial**: uma nova era dos direitos fundamentais. 1. ed. São Paulo: Baraúna, 2013.

SILVA JÚNIOR, Francisco José da. **Da legitimidade democrática do ativismo judicial**: análise de recentes decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade Natalense de Ensino e Cultura. Natal, 2018.

LIBERDADE OU EXPLORAÇÃO SEXUAL?: A PROSTITUIÇÃO ENQUANTO FENÔMENO JURÍDICO-SOCIAL A PARTIR DO LIBERALISMO E DO MARXISMO

Saada Zouhair Daou

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Professora da Faculdade FACI/WYDEN e da faculdade Estácio do Pará (FAP)

RESUMO: O presente trabalho visa compreender a visão que o marxismo e o liberalismo tem sobre a prostituição. Justifica-se esta pesquisa no fato de que tais perspectivas teóricas servem de fundamento para os modelos jurídicos de tratamento da prostituição que tem sido implementados no mundo ocidental e que vem sendo discutidos pelo legislativo brasileiro através dos projetos de lei n.º 4.211/2012 e n.º 377/2011, modelos estes que propõe rumos diametralmente opostos para a prostituição e que, certamente, afetarão significativamente as vidas das prostitutas brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: prostituição, liberalismo, marxismo, feminismo.

1 | INTRODUÇÃO

A prostituição é um fenômeno muito peculiar, que provoca as mais diversas reações. Sua singularidade torna-se evidente nas tentativas malsucedidas de compará-la a outros fenômenos. Se equiparmos a

prostituição com qualquer outra profissão, estaremos desconsiderando a significação da relação sexual. Por outro lado, se compararmos a prostituição com as demais formas de relação sexual, estaremos desconsiderando o caráter mercantil a ela inerente, tanto quanto a enorme influência que o capital exerce, não só sobre ela, mas também sobre os outros aspectos da vida humana.

Além disso, se analisarmos a prostituição apenas na seara das abstrações, negligenciaremos o fato de que, historicamente, essa prática foi um dos maiores reflexos da dominação masculina na vida das mulheres.

Sobre isso, esclarece MIGUEL (2014, p. 139), que:

“O debate sobre a prostituição se estabelece sobre a premissa que, ainda que exista prostituição masculina e de transgêneros, a situação típica é a de uma mulher que vende seu corpo a um homem. Ou seja, a posição de prostituta é uma posição feminina, revestida socialmente dos significados a ela associados, mesmo que eventualmente seu praticante possua sexo biológico e/ou gênero diverso. Assim, o debate vai incidir sobre como a prostituição pode contribuir para reforçar (ou espelhar) a dominação masculina e sobre os efeitos de diferentes políticas sobre a autonomia das mulheres”.

Por oportuno, é importante salientar que

não adentraremos diretamente à questão da prostituição masculina, da prostituição de transgêneros, da exploração sexual infantil ou do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual. Reconhecemos a importância de todos esses temas e, por isso mesmo, acreditamos que cada um deles demandaria, por si só, profundo e minucioso estudo.

Pretendemos lidar com as principais questões que giram em torno da prostituição, nas últimas décadas, no cenário jurídico nacional e internacional. Nesse debate, certas perguntas têm sido levantadas e a resposta que recebem são o fator determinante para que o legislativo de cada país decida o modelo de tratamento jurídico que se deve conferir à prostituição. São elas: I) É a prostituição, em si, uma forma de degradação?; II) A quem cabe decidir se ela é uma forma de degradação?.

Para lidar com essas questões, partiremos de concepções políticas antagônicas que prevalecem no debate ocidental. O objetivo do trabalho é, portanto, analisar a prostituição de mulheres, a partir das perspectivas liberal, feminista liberal, marxista, feminista-marxista e feminista radical. A importância de lidar com tais perspectivas revela-se no fato de que os modelos jurídicos atualmente adotados nos países ocidentais se inspiram nessas perspectivas (embora, por vezes, não totalmente). É necessário salientar ainda que embora esses modelos se inspirem nessas bases teóricas, nem todos os partidários de cada uma dessas teorias defende necessariamente determinado modelo. Isto é, os partidários do marxismo, por exemplo, não defendem necessariamente o modelo neoabolicionista.

Atualmente, em disputa no cenário nacional e internacional ocidental temos os modelos da regulamentação e o neoabolicionista. O modelo da regulamentação, atualmente adotado na Holanda e na Alemanha, prevê a descriminalização de condutas acessórias à prostituição e a regulamentação, pelo Estado, desses serviços. Assim, o Estado poderia determinar, por exemplo, os requisitos necessários para o funcionamento de uma casa de prostituição, o limite da percentagem dos serviços da prostituta dos quais o “cafetão” ou a “cafetina” podem se apoderar, como funcionariam os direitos trabalhistas e previdenciários das prostitutas, etc. Já o modelo neoabolicionista, adotado atualmente na Suécia e na França, em sentido diametralmente oposto, prevê a criminalização do cliente da prostituição, como uma forma de abolir esta prática e proteger a prostituta, que não seria criminalizada, mas receberia ajuda das instituições públicas de assistência social. De um lado, o modelo regulamentador trata a prostituição como uma profissão; do outro, o modelo abolicionista trata a prostituição como exploração sexual. Vejamos o que fundamenta esses modelos tão díspares.

2 | O FUNDAMENTO DO MODELO REGULAMENTADOR: LIBERALISMO E FEMINISMO LIBERAL

O liberalismo defende que o ser humano deve ser livre para pensar e agir sem a interferência do Estado ou de terceiros. O Estado só pode intervir na vida de uma pessoa para impedir que ela cause dano a outrem. Não cabe, ao poder estatal, portanto, imiscuir-se na vida do indivíduo, ainda que para assegurar o bem moral ou material (MILL, 1991, p. 53).

Do ponto de vista liberal, cada um tem de decidir o que fazer com a sua liberdade. Isso significa que os problemas éticos devem ser deixados a cargo de cada indivíduo. Nesse sentido, não seria e nem deveria ser papel do poder público tomar decisões de ordem ética e obrigar seus cidadãos a segui-las (FRIEDMAN, 1984, p. 21).

Nessa perspectiva, caberia a cada pessoa decidir se a prostituição é em si uma forma de degradação-exploração. Ao Estado não caberia responder essa questão, mas apenas assegurar a todos a possibilidade de optar livremente entre uma das duas respostas possíveis e garantir-lhes a liberdade para praticar ou não o meretrício. O importante para o ideal liberal é garantir a independência moral e sentimental do indivíduo (BOBBIO, 2005, p. 59).

É imprescindível destacar que a liberdade preconizada pelo pensamento liberal só se aplica aos indivíduos maiores e capazes. Por isso, adverte-nos John Stuart Mill que: “Aqueles cuja condição requer ainda assistência alheia devem ser protegidos contra as suas próprias ações da mesma forma que contra as injúrias alheias (MILL, 1991, p. 54)”. Dessa forma, para um liberal, não há de se falar em prostituição infantil. Assim como a pessoa menor de idade não tem capacidade para decidir prostituir-se, esta situação sempre irá configurar exploração sexual, devendo ser reprimida.

Afastadas tais hipóteses, a proibição da prostituição, enquanto contrato praticado entre adultos, parece não encontrar base no pensamento liberal. De acordo com Luis Felipe Miguel, para o liberalismo, reprimir a prostituição seria uma imposição autoritária e paternalista de uma determinada moral sexual e equivaleria à afirmação pelo Estado de que “a opção da prostituta e/ou do cliente não é correta e que é necessário impedi-los de fazer mal a si mesmos (MIGUEL, 2014, p. 139).”

Ocorre que, embora o liberalismo clássico tenha defendido que todos os indivíduos possuíam direitos naturais, em um primeiro momento, as mulheres foram excluídas destes direitos, embora tenham ajudado a conquistá-los. Os direitos obtidos com as revoluções burguesas eram supostamente universais e destinados a todos os indivíduos, entretanto, as mulheres acabaram descobrindo que elas não eram consideradas indivíduos. Isso as levou à reivindicação de direitos em face dos liberais com fundamento justamente nas premissas tornadas ao mundo públicas por eles, surgindo assim o que se denomina de primeira onda do movimento feminista.

Esta onda feminista, de caráter liberal, partiu de uma noção iluminista ao acreditar que a garantia da igualdade perante a lei garantiria a igualdade de gêneros. Mary

Wollstonecraft, autora de *Reivindicação dos direitos da mulher* – livro considerado por muitos o documento fundador do feminismo –, defendia que a exclusão das mulheres do campo dos direitos individuais e do acesso a uma educação crítica (tal qual era proporcionada aos homens), era o que impedia a emancipação do gênero feminino. Nessa linha, esta filósofa entendia que a prostituição acabava sendo o meio de sobrevivência a que muitas mulheres eram obrigadas a recorrer, uma vez que tinham suas vidas condicionadas pela educação limitada e pela falta de poder político que lhes era concedido (WOLLSTONECRAFT, 2016, p. 100).

De acordo com essa concepção racionalista, também defendida por John Stuart Mill, em *A sujeição das mulheres*, uma educação crítica e a verdadeira universalização de direitos capacitariam as mulheres a pensarem por si, a se autodeterminarem e a tomarem controle sobre suas vidas (MILL, 2006; DONOVAN, 1992, p. 11). Assim, após a conquista desses direitos, a mulher teria a liberdade (e a aptidão) para exercer sua individualidade de forma independente, o que significa ser livre para tomar suas próprias decisões éticas. No que diz respeito à prostituição, a conquista de tais direitos daria à mulher condições de escolher prostituir-se ou não.

A prostituição, sob o ponto de vista do feminismo liberal ou clássico, pauta-se pela ideia do “meu corpo, minhas regras”, ou seja, segundo esta visão, cabe à mulher a escolha do que fazer com seu corpo, o que inclui vender serviços sexuais. A perspectiva liberal costuma defender que a prostituição é como qualquer outro trabalho. Nessa linha, a única coisa que diferenciaria a prostituição de outras atividades laborais são os tabus sociais que rondam as atividades sexuais. No entanto, os que seguem esta posição não são necessariamente favoráveis à prostituição em si, mas a que cada um seja livre para fazer e agir de acordo com seu julgamento ético dessa atividade.

A crítica que se faz tanto ao liberalismo clássico quanto ao feminismo liberal clássico é que eles têm uma concepção acrítica da liberdade de escolha, uma vez que desconsideram as condições históricas e materiais que levam as mulheres a praticar a prostituição, bem como a posição desigual que as pessoas ocupam na sociedade. A liberdade é vista como alguma coisa ínsita ao ser humano, que todos, independentemente de suas circunstâncias, podem exercer. Mas, de acordo com a perspectiva marxista, as coisas não se passam bem assim.

Outra crítica que se faz ao feminismo liberal – tanto ao clássico quanto ao igualitário – é que ele propõe a perpetuação de uma sociedade regida por valores masculinos, aos quais as mulheres supostamente podem, querem e devem se adequar (TONG, 1989, p. 32). Em relação à prostituição, isso significaria que, a partir de uma sociedade com pontos de partida mais igualitários, homens e mulheres poderiam decidir prostituir-se e/ou comprar serviços *prostitucionais*, instalando-se, assim, um regime de democratização da compra e venda de serviços sexuais. Ocorre que, de acordo com a ética feminista, a total mercantilização do corpo e a noção de que existem desejos sexuais incontrolláveis talvez façam parte de valores masculinos com

os quais haveríamos de romper. Trata-se de uma questão de extrema relevância, já que nos leva a questionar se deveríamos ter como fim último a democratização da prostituição ou sua erradicação. Além disso, por mais que a erradicação seja acusada de utópica, de certa forma, são as utopias que dão um norte para que os caminhos sejam traçados, funcionando como uma espécie de bússola ética.

3 | O FUNDAMENTO DO MODELO NEOABOLICIONISTA: A PERSPECTIVAS MARXISTA, FEMINISTA-MARXISTA E A FEMINISTA-RADICAL

Em contraposição à vertente liberal, a marxista defende que a igualdade perante a lei não é suficiente para igualar as pessoas. Conseqüentemente, prever em lei que as mulheres são iguais aos homens não significaria e, de fato, não significou a concretização da igualdade de gêneros. Para os marxistas, exige-se muito mais do que previsões legais para assegurar a igualdade a todos. E foi nesse sentido, para garantir a efetiva igualdade entre os cidadãos, que os partidários do materialismo histórico propuseram a abolição da propriedade dos meios de produção e a proibição de explorar o trabalho alheio (cit. MARX; ENGELS, 2010; KONDER, 1999, p. 65).

Com base nesse raciocínio, o marxismo, desde sua origem, condena a prostituição, considerando-a decorrência da estrutura social desigual e burguesa, a qual leva as mulheres do proletariado a praticar essa atividade por necessidades econômicas. A prostituição seria, portanto, mais uma forma encontrada pela burguesia de explorar o proletariado (MARX; ENGELS, 2010, p. 55 – 56; ZETKIN, 2014, p. 152).

Por isso, Lenin criticou o V Congresso Internacional de luta contra a prostituição, ocorrido em 1913, no qual a “religião e a polícia” foram apontadas como meios de luta contra a prostituição. Ele se manifestou publicamente, denunciando que houve o silenciamento do delegado austríaco, Hertner, no referido evento, quando este teria tentado arguir que são precisamente as causas sociais – como a extrema miséria das famílias operárias e as condições de moradia insuportáveis – que geram a prostituição. E terminou essa crítica, publicada na *Rabothchaia Pravda* (A Verdade Operária), apontando a “hipocrisia dominante” nos congressos “aristocráticos e burgueses” em que as classes que alimentam a prostituição – aristocracia e burguesia – fingem lutar para erradicá-la (LENIN, 2014, p. 109 - 110).

Realmente, os milênios de história da prostituição são marcados por mulheres que exerceram tal atividade para sobreviver social e economicamente. Quando falamos de sobrevivência social estamos nos referindo às mulheres que descumpriram as normas de comportamento e encontraram no meio *prostitucional* um local de existência possível. São disparadamente majoritários os casos de mulheres que se prostituem por questões econômicas. Entenda-se por necessidade econômica desde a extrema miséria e a fome, até o desejo de um trabalho melhor remunerado e mais flexível que possa conciliar com o cuidado dos filhos e a realização de tarefas domésticas

(PATEMAN, 1993, p. 286 – 287; Sempre Viva Organização feminista, 2014, p. 9).

Assim, em um aspecto teórico, o marxismo buscou ir à raiz da questão. Em vez de apenas condenar moralmente a prostituição, condenou suas causas. Aliás, é necessário salientar que apesar das condições de vida do proletariado nos países ocidentais não serem mais absurdamente precárias (como outrora, no início do movimento marxista), a pobreza ou mesmo a busca por condições mais dignas de vida ainda são as principais fornecedoras do mercado da prostituição (PATEMAN, 1993, p. 286 – 287; Sempre Viva Organização feminista, 2014, p. 9).

O diagnóstico marxista das causas da prostituição, portanto, confirma-se ainda hoje. Já a solução, ao que nos parece, não. O marxismo, ao considerar o sistema capitalista a causa da prostituição, viu na abolição deste sistema a solução. Decerto, que se a miséria leva muitas mulheres à prostituição, a garantia de condições de vida dignas a elas faria com que muitas não tivessem de recorrer ao meretrício. No entanto, é impossível ignorar o fato de que a prostituição continuou a existir nos países que implementaram ou tentaram implementar o comunismo, bem como nos que hoje garantem inclusive uma renda mínima aos seus cidadãos. Além do mais, é necessário lidar com a urgência da situação de milhares de prostitutas que se situam em países capitalistas que não estão sequer próximos de uma revolução comunista ou sequer da implementação de um projeto de renda mínima, como é o caso do Brasil.

Ocorre que, o marxismo, assim como as correntes políticas que o antecederam, não teve a devida atenção com questões de gênero. É bem verdade que as mulheres tiveram mais espaço nesse movimento, que não só contou com participação feminina como inclusive reconheceu, divulgou e exaltou a contribuição das mulheres para o movimento e o trabalho de teóricas marxistas, a exemplo de Clara Zetkin e de Rosa Luxemburgo (DONOVAN, 1997, p. 65 – 66; LENIN, 2014, 103 – 143).

Ademais, merece enaltecimento a atitude de Engels, que já na primeira onda do marxismo, escreveu a *Origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Nesta obra, Engels analisa o direito materno e afirma que a primeira forma de exploração foi a da mulher pelo homem, ocasionada pela divisão sexual do trabalho, divisão esta que fez com que o homem considerasse a mulher sua propriedade. Seguindo a linha de Engels, Clara Zetkin igualmente defende que é o modo de produção capitalista que provoca a opressão das mulheres. Para eles, a relação entre marido e mulher dentro de um casamento burguês foi a primeira forma de dominação de classe, na qual o marido representaria a burguesia e, a mulher, o proletariado (ENGELS, 2012; ZETKIN, 2014, p. 149).

Para os marxistas de outrora, a opressão feminina e a prostituição, eram decorrências do sistema capitalista e findariam com o advento do comunismo. Diante disso, verifica-se que eles desconsideraram o patriarcalismo presente em sociedades pré-capitalistas, aduzindo que a dominação masculina é absolutamente dependente da propriedade privada. Zetkin chega a afirmar que não existia “questão da mulher”

nos meios camponeses que desenvolveram uma economia natural. Ao que nos parece, eles desconsideravam o fato de que continuou a existir desigualdade de gênero em sociedades que passaram por revoluções socialistas e, porque não dizer, entre casais de orientação marxista, o que demonstra as inconsistências da visão do marxismo sobre gênero. Infelizmente, o patriarcalismo não é apenas uma decorrência da propriedade privada, embora o modelo de propriedade privada possa reforçá-lo.

Tais inconsistências partem de uma noção reducionista da relação entre base e superestrutura, reducionismo esse condenado por Engels e Marx. Se, por um lado, é inegável que a estrutura econômica fomenta a prostituição; por outro, reduzir um fenômeno tão complexo, que envolve tantas facetas do ser humano, apenas a uma consequência da estrutura econômica capitalista revela uma visão simplista do problema. Isso porque nem Marx e Engels acreditavam que a infraestrutura determinasse inteiramente a superestrutura, ao contrário do que pretendem os que estabelecem essa relação entre capitalismo e prostituição.

Nesse caso, a superestrutura que é a prostituição, embora sofra forte influência da infraestrutura capitalista, é algo que vai além dela, o que se torna evidente quando temos em conta que a prostituição pré-existe à estrutura capitalista, subsistindo nos países que passaram por revoluções socialistas, conforme mencionamos anteriormente ou nos que hoje garantem condições de vida mínimas aos seus cidadãos e que, portanto, não tem que recorrer à prostituição para sobreviver. Ou seja, em que pese o fato de que a economia seja determinante para a perpetuação e para a geração da grande disponibilidade de serviços *prostitucionais*, o problema da prostituição não se reduz apenas ao aspecto econômico (LARRAIN, 1995, p. 52 – 53).

Assim, a primeira onda do marxismo, embora defendesse a igualdade de gêneros, falhou em compreender as peculiaridades da opressão feminina e, por consequência, falhou em extingui-la. Por outro lado, vários dos instrumentos teóricos criados por Marx contribuíram para a construção da teoria política feminista (DONOVAN, 1997, p. 65 – 68). Atualmente, para combater a persistência do machismo em espaços comunistas, existe o feminismo marxista, o qual propõe adaptações à teoria marxista que permitam melhor adequá-las às questões de gênero. Todavia, conforme salienta Josephine Donovan, há uma fraqueza metodológica inerente quando teorias criadas visando determinadas circunstâncias são utilizadas em circunstâncias diversas (DONOVAN, 1997, p. 65 – 68).

As feministas marxistas divergem da concepção – reinante entre teóricos da primeira onda marxista – de que a propriedade privada é a causa da dominação masculina. Para elas, embora o sistema capitalista tenha acentuado a divisão sexual do trabalho e a opressão feminina, estes fenômenos o precedem. Não só o precedem como o sucederam em sociedades “pós capitalistas” que experimentaram revoluções socialistas (DONOVAN, 1997, p. 80 – 81). Nesse sentido, o feminismo marxista aponta as limitações dessa teoria política tão importante para o mundo, que é o marxismo, com relação à questão de gênero. Isso ajuda a compreender o porquê da

perpetuação do machismo e da prostituição em sociedades e homens pretensamente socialistas. Se a dominação masculina precede o sistema capitalista e sobrevive à sua derrocada, torna-se inegável que sua raiz é outra, tão ou mais profunda no campo social. Além disso, graças ao feminismo marxista, percebe-se que não foi apenas o sistema capitalista que se beneficiou e se beneficia do trabalho doméstico e da prostituição feminina, mas também os homens marxistas. Isso leva Heide Hartmann a afirmar, parodiando o Manifesto do Partido Comunista, que os homens têm muito mais a perder com uma revolução verdadeiramente feminista do que as suas próprias correntes (HEIDE *apud* DONOVAN, 1997, p. 81 – 83).

É necessário ressaltar, contudo, que a teoria de que a dominação masculina antecede a dominação econômica, hoje defendida pelo feminismo marxista, foi criada pelo feminismo radical. O feminismo radical surge nos Estados Unidos, no início da década de 70, desenvolvido por mulheres que não encontraram lugar, sentindo-se silenciadas em partidos/grupos/coletivos de esquerda, mesmo nos mais radicais (DONOVAN, 1997, p. 141). Essa vertente do feminismo tem direta ligação com o marxismo, uma vez que assenta sua base no conceito de materialismo histórico-dialético; porém, vai muito além do que foi proposto por Marx e Engels. É o que se percebe na explicação de uma das precursoras desse movimento, Shulamith Firestone:

“Seria um erro tentar explicar a opressão das mulheres, a partir desta interpretação estritamente econômica. A análise de classes é um belo instrumento de trabalho, mas é limitada. (...) Mas a doutrina do materialismo histórico, por mais que tenha representado um avanço significativo em relação à análise histórica anterior, não foi a resposta completa, como os fatos posteriores o confirmaram. Porque, apesar de Marx e Engels fundamentarem sua teoria na realidade, era ela apenas uma realidade *parcial*. (...) Mas existe uma terceira alternativa ainda não tentada; podemos desenvolver uma visão materialista da História, baseada no próprio sexo (FIRESTONE, 1976, p. 4 – 5).”

O feminismo radical, seguindo uma base materialista-dialética, defende que o Estado mantém seu poder não apenas pela força, mas também pela hegemonia ideológica. Essa hegemonia ideológica é patriarcal e contaminou todos os aspectos da cultura e das relações humanas, fazendo com que as pessoas acreditem ser natural a supremacia masculina e condicionando as mulheres a terem um comportamento subserviente (DONOVAN, 1997, p. 145; FIRESTONE, 1976, p. 4). O marxismo ortodoxo teria, portanto, compreendido apenas superficialmente a problemática de gênero. Por isso, as feministas radicais pleiteiam que se vá além, isto é, à raiz do problema sexual.

Nesse sentido, para as feministas radicais, a prostituição não é apenas decorrência do sistema capitalista – apesar de elas afirmarem que o sistema a acentua –, mas fruto de uma hegemonia ideológica masculina que precede (em muito) o capitalismo. Essa ideologia hegemônica teria disseminado na sociedade a ideia de que os desejos masculinos são incontroláveis, irrepreensíveis e que é necessário supri-

los. Por isso que, segundo o feminismo radical, a violência sexual contra a mulher foi historicamente tolerada e até vista como uma forma dos homens estabelecerem sua masculinidade. É o que Brownmiller denomina de o “poderoso impulso masculino” que precisa ser satisfeito imediatamente por uma “classe cooperativa de mulheres disponíveis” (BROWNMILLER, 1975).

Nessa linha, o feminismo radical aduz que a pornografia e a prostituição fomentam o fenômeno do estupro porque promovem uma ideologia que permite (e até enaltece) a degradação e o abuso do corpo feminino. De acordo com esse raciocínio, a regulamentação da prostituição representaria uma forma de legitimação do estupro e de outras formas de violência contra a mulher (DONOVAN, 1997, p. 146).

Nesse sentido, a solução defendida pelos(a) marxistas e/ou as feministas radicais, em sua maioria, com base nas mencionadas concepções sobre a prostituição, é a de que o Estado deve atuar no sentido de erradicar a prostituição. O modo de execução, por eles proposto, para a erradicação da prostituição, é a via punitiva. Como consideram a prostituta uma vítima das circunstâncias sociais e da sociedade patriarcal, são contrários a que alguém sofra punição por se prostituir. Nesse sentido, pregam que apenas o cliente deve ser criminalizado, ou seja, acreditam na tipificação criminal da conduta de comprar serviços *prostitucionais*, nos moldes do modelo abolicionista, hoje vigente na Suécia e na Noruega, conforme vimos no capítulo anterior.

As feministas radicais e os marxistas se posicionam fortemente contra a regulamentação da prostituição, compreendendo que a prostituição como forma de libertação sexual é um mito. Afirmam que a regulamentação da prostituição beneficia apenas os empresários do sexo e os cafetões e que, na Holanda, onde ocorreu a regulamentação da prostituição, o mercado e o turismo sexual apenas cresceram, sem que isso implicasse em melhoria na segurança das prostitutas. Pelo contrário, afirmam que as violências às quais as prostitutas estão sujeitas passaram a ser consideradas como riscos normais da profissão. Nesse sentido, criticam o dispositivo do Projeto de Lei Gabriela Leite, que prevê a aposentadoria especial para prostitutas, após 25 anos de trabalho, uma vez que veem isso como a legitimação de riscos à saúde, assédios e coerção, a que as meretrizes estão cotidianamente sujeitas (Sempreviva Organização Feminista, 2014, p. 16).

O diagnóstico marxista e feminista radical confirma-se nas pesquisas: a prostituição é abastecida por mulheres que passam por necessidades econômicas. E o feminismo radical permite-nos compreender porque o mercado sexual continua a ter a mulher como principal produto e o porquê da prostituição ser uma questão de gênero. Estima-se que 75% da prostituição mundial seja exercida por mulheres. E, mesmo a prostituição masculina, é composta majoritariamente pela prostituição homossexual, de travestis e transgêneros, constituindo igualmente um comércio sexual consumido quase em sua integralidade por homens (Sempreviva Organização Feminista, 2014, p. 11).

No entanto, se a dominação masculina é tão enraizada na ideologia cultural hegemônica, como defendem as feministas radicais, bastará a proibição para combater o comércio sexual? Se a sociedade realmente crê no impulso sexual masculino irrefreável, bastará uma proibição para impedir a compra de serviços sexuais? Aliás, ter tanta convicção na força da lei não seria, de algum modo, cair no mesmo erro de que os liberais clássicos são acusados (por terem acreditado que apenas o texto da lei efetivaria a igualdade), de acreditar que o texto da lei efetivaria mudanças? Isto caracteriza inclusive o que a teoria marxista chamaria de reificação.

É curioso que o feminismo radical atual e os marxistas contemporâneos pensem na criminalização como solução para uma questão social. Engels e Marx, compreendendo que o crime é, em grande parte de suas ocorrências, produto da sociedade de classes, afirmavam que medidas penais repressivas não são capazes de eliminar o crime, mas apenas de contê-lo. Nesse sentido, defendem que a erradicação do crime só seria possível com a transformação radical das condições sociais. Se a prostituição é igualmente decorrência de uma sociedade de classes em que mulheres são levadas a essa atividade por necessidades econômicas, isto é, se estamos discutindo uma atividade que se desenvolve em (e por causa de) uma sociedade capitalista, o que leva tais vertentes a uma visão diferente sobre os efeitos da criminalização da conduta? (MARX; ENGELS, 2002)

Eles afirmam que punir exclusivamente o cliente e não a prostituta é o diferencial nesse caso. Essa ideia de punir somente o cliente é pensada para empoderar a prostituta, visando a facilitar a formulação de denúncia contra o comprador ou algum possível agressor. Contudo, os próprios pensadores marxistas são alguns dos maiores críticos da justiça criminal, uma vez que percebem nela o fracasso do projeto liberal de aplicar a lei a todos de forma justa e imparcial. Isto é, denunciam a seletividade do Direito Penal, que chega a punir mais severamente delitos patrimoniais do que crimes contra a integridade física do cidadão, além de ser quase integralmente aplicado apenas para os menos abastados financeiramente que não contam com arcabouço financeiro para se defender. Assim, na realidade brasileira, não é difícil vislumbrar um cenário em que somente homens pobres sejam denunciados pela compra de serviços *prostitucionais*, o que é sinal de que a prostituta dificilmente se sentirá segura para denunciar seus clientes da forma como pretende o projeto. Aliás, talvez sequer os homens pobres sejam denunciados. Considerando a tolerância que a sociedade e as instituições de controle ainda têm com crimes como o de manter casa de prostituição e o do favorecimento à prostituição, é bastante questionável se a relação seria diferente com o cliente da prostituição ou se esse não será mais um crime tolerado que em nada contribui para a melhoria da vida das prostitutas.

Além disso, a proibição não gerará necessariamente a extinção dessa atividade, mas provavelmente um mercado sexual clandestino. Tornando-se a prostituição uma atividade ilícita para o comprador e, portanto, ainda mais clandestina, tornar-se-á ainda mais difícil que a prostituta recorra às autoridades sem que para fazê-lo tenha

de arriscar sua vida. Com isso, não queremos afirmar que a prostituição é inevitável e que não pode ser desestimulada, muito menos que não possa, algum dia, chegar a seu fim. Mas a extinção de um fenômeno causado pela dominação masculina, pela hegemonia ideológica masculina e por privações econômicas dar-se-á mesmo por meio da proibição? Os efeitos simbólicos da proibição são inegáveis. Se considerarmos que a prostituição é uma forma de violência contra a mulher, a proibição da prostituição pode ser considerada uma conquista nesta seara. No entanto, quando hoje falamos de prostituição, estamos mais preocupados com a igualdade de gêneros em abstrato ou com a melhoria efetiva da condição de vida das prostitutas?

A mera proibição da compra pelo cliente acaba se revelando uma solução idealizadora, romântica, embora ironicamente baseada em uma teoria realista da sociedade, o materialismo histórico. Se a prostituição só há de ser compreendida, necessariamente, a partir de seu histórico, as soluções para o problema não podem ser pensadas em outro contexto, sob pena de implementar-se uma medida que se revelará inútil numa sociedade que não a comporta, fadando tal medida à ineficácia. Acreditamos que esses questionamentos precisam ser feitos para que a proibição da compra de serviços sexuais não se torne mais um caso de direito penal simbólico.

É imprescindível levar em consideração também que muitas prostitutas são contrárias à criminalização do cliente. É possível que os marxistas e as radicais indiquem isso como um caso de alienação. Ainda que a intenção de tais movimentos seja libertar as prostitutas dos grilhões da opressão, libertação forçada seria libertação? E mais que isso, surtiria efeitos concretos? Pressupor que todas as prostitutas desconhecem a natureza de sua condição resvalaria numa atitude intelectualista condescendente e equivocada. Emblema disso é o texto *Marxism for whores* – que consideramos paradigmático – no qual a autora, Magpie Corvid, a propósito das questões discutidas nesse tópico, assim se pronuncia:

“People all over the world, mostly women, often mothers, become sex workers, often to support their families. If a radical feminist says to me that my work is an abomination, I say to her that all work is an abomination, and invite her to step down off her pedestal. Here on the ground, women clean fish, and toilets, and the bottoms of the disabled and elderly. And some of us do sex work. I stand with her against the coercion, degradation, and fear that is undeniably present in some parts of sex work, but if she wishes to end it, let her stand with me against austerity, and the indignity of so much of the labour of women. Let her stand with me for decriminalisation. The abolitionists offer the most harrowing stories of women kidnapped, tricked and drugged into sexual slavery, and posit themselves as the inheritors of the tradition of Wilberforce, but without a critique of capitalism, the coercive force of the market, we cannot end any form of slavery, which, of course, never truly ended at all.

I am a Marxist because I understand that the taboo, the marginalisation and the othering of sexual labour is not intrinsic, like the mass of a thrown rock. My work exists because of patriarchy, and many feminists feel that the abolition of my work would be a boon for women everywhere. But it is a misguided feminism that would jail and terrorise sex workers, and would sacrifice our safety, freedom and livelihoods for the empty trophy of a raided brothel. The carceral ‘feminism’ of the elites has no problem with raiding a brothel and forcing its occupants into a sweatshop to sew. But a socialist, intersectional feminism must listen to the voices of sex workers,

rather than ignoring them and treating them as symbols. While American courts divert sex workers into faith-based programs, sex workers themselves organise to share safety and screening information. Surely we could do even more to improve our working conditions if police and society stopped targetting us (CORVID, 2015).”

Nesse sentido, a erradicação da prostituição deve ser discutida ao lado da questão da erradicação da pobreza. Combater as consequências da pobreza antes de combater a pobreza em si foi precisamente o que o marxismo criticou. As feministas radicais defendem a implementação de renda mínima e aposentadoria universais para resolver essa questão. Todavia, tais medidas estão muito distantes da realidade brasileira e da maioria dos países do mundo. Destaque-se ainda o fato de que a prostituição continua existindo em países que praticam a política de renda mínima universal. Ao contrário do que se poderia se supor, não se trata apenas de prostituição de imigrantes. Como explica Magpie Corvid, no texto citado acima, as prostitutas querem mais que o mínimo e enxergam na prostituição um posto de trabalho bem remunerado, com horário flexível, que preenche suas necessidades melhor do que os outros a que poderiam concorrer (CORVID, 2015).

No mais, ainda que os marxistas e as feministas radicais objetivem combater as opressões que levam a maioria das mulheres à prostituição, ao negar às mulheres que já praticam essa atividade o direito de optar por praticá-la ou não, dizendo-lhes como devem se sentir, acabam sendo autoritários. Assim, é necessário refletir se o silenciamento das prostitutas sobre problemas que elas enfrentam não seria também uma forma de opressão. Ao que nos parece, negar a um grupo o direito de contar sua própria história e de participar da decisão sobre seus próprios direitos é negar-lhe a dignidade.

Finalmente, é necessário tocar em um ponto extremamente delicado, ou seja, a afirmação do feminismo radical no sentido que a prostituição é uma forma de violência contra a mulher, uma espécie de estupro. A violência que ronda a atividade é algo preocupante, merecendo a devida repressão, fato inegável. Por outro lado, caberia ao Estado determinar previamente que toda relação sexual praticada comercialmente é uma forma de violência sexual ou seria essa uma escolha particular que o Estado deve respeitar? A discussão reside mais na problemática de quem deve ser responsável para decidir se a prostituição é uma degradação-violência do que numa pretensa natureza ontológica da prostituição. Isto é, mais importante do que definir uma “verdade” sobre a prostituição é determinar quem tem ou deve ter o poder para produzir tal verdade.

4 | CONCLUSÃO

Atualmente, o Brasil adota, em relação à prostituição, o sistema da criminalização parcial, sabidamente ineficaz, no qual apenas condutas acessórias à prostituição

– mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227 do Código Penal Brasileiro), favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228 do CPB), casa de prostituição (art. 229 do CPB) e rufianismo (art. 230 do CPB) – são criminalizadas. No entanto, tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei que dão tratamentos jurídicos diametralmente opostos ao fenômeno da prostituição. O Projeto de Lei n.º 4.211/2012, mais conhecido como Projeto Gabriela Leite, proposto pelo Deputado Federal Jean Wyllys, propõe a regulamentação da prostituição e a descriminalização das condutas daqueles que auxiliam a prostituição voluntária. Este Projeto conta com o apoio das associações de prostitutas brasileiras e tem inspiração no sistema jurídico regulamentador.

Por sua vez, o Projeto de Lei n.º 377/2011, de autoria do Deputado Pastor João Campos, prevendo um novo tipo Penal, trata como crime a conduta daquele que paga ou oferece pagamento pela prestação de serviços sexuais, ou seja, do cliente da prostituição. Nele, a prostituta não é criminalizada por ser considerada uma vítima das circunstâncias sociais. Este Projeto adota o modelo abolicionista, que parte da premissa de que a prostituição é, em si mesma, uma forma de exploração sexual, ainda que praticada voluntariamente por pessoa maior e civilmente capaz. Curiosamente, este projeto é defendido por feministas marxistas e radicais, bem como por setores conservadores da sociedade.

Diante desse cenário, achamos por bem estudar, neste artigo, os fundamentos de cada um desses projetos. Percebemos que ambos podem recair em colocações a-históricas e simplistas. A visão liberal, por vezes, recai no simplismo de tratar a prostituição como uma profissão como outra qualquer. Isso pode ensejar consequências altamente prejudiciais às prostitutas, além de desconsiderar o fato de que, historicamente, foram condições de classe que levaram a enorme maioria das mulheres ao meretrício.

A prostituição tem inúmeras particularidades que jamais podem ser esquecidas. Diferente das relações de emprego padrão, a prostituta não pode ser obrigada ou punida por deixar de fazer seu “trabalho”, o que significaria um modo de obrigá-la a manter relações sexuais. Trata-se ainda de uma profissão de risco, tanto pela questão das doenças sexualmente transmissíveis quanto pelas violências de que as prostitutas estão sujeitas por parte dos clientes, isso sem falar no estigma de que são vítimas.

Já a visão neoabolicionista é simplista por partir da ilusão de que se pode determinar uma verdade ontológica sobre a prostituição, isto é, a de que essa atividade constitui uma forma de exploração sexual e de que é possível impor, através da lei, essa visão sobre toda a sociedade. Mais do que isso, trata-se de uma visão ilusória por utilizar o Direito Penal como instrumento para efetivá-la, a partir da já amplamente derrotada ideia de que a criação de um tipo penal desincentivaria pessoas a praticarem a conduta nele descrita. Problemas sociais não podem ser resolvidos através da maximização do Direito Penal. Isso sem falar que a criminalização secundária costuma

atingir apenas os mais pobres e nada nos leva a crer que isso seria diferente nesta situação.

Conclui-se que, embora o modelo regulamentador não seja o ideal e que ele depende muito da forma como se dará esta regulamentação, este modelo é muito mais benéfico para as prostitutas do que o modelo neoabolicionista. Acredita-se que o modelo neoabolicionista parte de uma ideia altamente superada de que o Direito Penal é a solução para problemas sociais, bem como da ilusão de que é possível impor às prostitutas, aos seus clientes e à sociedade uma determinada visão sobre a prostituição, isto é, de que esta constitui uma forma de exploração sexual. O modelo neoabolicionismo, ao invés de trazer benefícios às prostitutas, tem se revelado muito mais um obstáculo para que estas mulheres conquistem direitos.

REFERÊNCIAS

BARRY, Kathleen. **Female sexual slavery**. Estados Unidos: New York University Press, 1979.

BERLIN, Isaiah. **Liberty**. New York: Oxford University Press, 1969.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e Política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

_____ (org). **Teoria política feminista: textos centrais**. Vinhedo: Horizonte, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BORGES DE MACEDO, Ubiratan. **Liberalismo**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina: A condição feminina e a violência simbólica**. Tradução de Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2014.

BROWNMILLER, Susan. **Against our will: men, women and rape**. New York: Fawcett Columbine, 1975.

CORVID, Magpie. **Marxism for Whores**. Disponível em < http://salvage.zone/corvid_all.html>. Acesso em 25/07/2019.

DE MARNEFFE, Peter. **Liberalism and Prostitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

DONOVAN, Josephine. **Feminist Theory: the intellectual traditions of american feminism**. Nova Iorque: Frederick Ungar Book, 1992.

DO CARMO, Paulo Sérgio. **Entre a luxúria e o pudor: A história do sexo no Brasil**. São Paulo: Editora Octavo, 2011.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 3ª edição. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

FERNANDES DE SOUZA, Luiz Sergio. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no**

Direito. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIRESTONE, Shulamith. **A Dialética do Sexo**: Um estudo da revolução feminista. Tradução: Vera Regina Rabelo Terra. Rio de Janeiro: Labor do Brasil, 1976.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

HAHNER, JUNE E. **A mulher no Brasil**. Tradução: Eduardo F. Alves. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

KONDER, Leandro. **Marx**: Vida e obra. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LARRAIN, Jorge. **Base e superestrutura**. In: BOTTOMORE, Tom (org.). *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1995.

LEITE, Gabriela. **Filha, mãe, avó e puta**: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta/ de Gabriela Leite em depoimento a Marcia Zanelatto. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

LENIN, Vladimir Ilich. **O V Congresso Internacional de luta contra a prostituição**. p. 109 – 110. In: TOLEDO, Cecília (org.). *A mulher e a luta pelo socialismo*. 2ª edição. São Paulo: Sundermann, 2014.

MARCOVICH, Malka. **O tráfico de mulheres no mundo**. p. 481 – 525. In: OCKRENT, Cristine (Org.). **O livro negro da condição das mulheres**. Tradução: Nícia Bonatti. Rio de Janeiro: DIFEL, 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. Trad. Castro e Costa, L. C. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Manifesto do Partido Comunista**. Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001.

MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2ª edição. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991.

_____. **A sujeição das mulheres**. Tradução de Debóra Ginza. São Paulo: Escala, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas**: Aspectos Constitucionais e Penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OUTSHOORN, Joyce (org.). **The Politics of Prostitution: Women's movements, Democratic States and the Globalisation of Sex Commerce**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução: Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PRADA, Monique. **Putafeminista**. São Paulo: Veneta, 2018.

RAGO, Margareth. **Os prazeres da noite**: Prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo (1890 – 1930). 2ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROBERTS, NICKE. **A prostituição através dos tempos na sociedade ocidental**. Lisboa: Editorial Presença, 1992.

SAFATLE, Vladimir. **Prostituição e crime**. Carta Capital, São Paulo, ano XIX, n° 778, p. 43, 11 de dezembro de 2013.

SEMPREVIVA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA. **Prostituição: uma abordagem feminista**. São Paulo: Pigma, 2013.

TONG, Rosamarie. **Feminist Thought: A Comprehensive Introduction**. North Carolina: Westview press, 2009.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos direitos da mulher**. Tradução: Ivania Pocinho Motta. São Paulo: Boitempo, 2016.

ZETKIN, Clara. **Somente em conjunto com a mulher proletária o socialismo poderá ser vitorioso**. p. 149 – 159. In: TOLEDO, Cecília (org.). **A mulher e a luta pelo socialismo**. 2ª edição. São Paulo: Sundermann, 2014.

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO AMBIENTE INTRAFAMILIAR E OS DANOS EMOCIONAIS E PSÍQUICOS: QUANDO A ESCUTA PEDE SOCORRO DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE

Maria Rita Rodrigues Constâncio Menezes

Licenciada em Letras e Advogada, Pós graduação em Metodologia e Didática Do Ensino Superior, Pós graduação em Línguas e suas Literaturas. Especialização em Direito para Carreira da Magistratura – TJ/RO
mr.constancio15@ymail.com

Pedro Henrique Simões

Procurador do Estado de Rondônia e Advogado Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Público, Direito Tributário e Financeiro, Direito Processual Civil e Direito Eleitoral. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito, Ciências Contábeis e Administração da União das Escolas Superiores de Rondônia (UNIRON) e do Curso de Direito das Faculdades Metropolitanas Aparício de Carvalho (FIMCA), em Porto Velho. Foi Professor Substituto no Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ) da Universidade Federal de Rondônia (UNIR)

RESUMO: O presente trabalho apresenta as reflexões sobre as práticas não revitimizantes: alternativas para a oitiva de crianças e adolescentes em processos judiciais respeitando a vulnerabilidade/dignidade humana e a prevenção do silenciamento dos discursos. Tem por objetivo geral analisar o depoimento sem dano que visa a reduzir os

danos às vítimas que necessitam ser inquiridas em juízo, procurando adequar os princípios do processo penal, em especial, o contraditório e a ampla defesa, com os princípios constitucionais da dignidade humana. Justificativa a relevância do tema devido a necessidade de compreender a importância da oitiva das vítimas de violência sexual de forma humanizada, sem que o procedimento provoque mais traumas ao violentado, pois a violência sexual de crianças e adolescentes é um fenômeno complexo e de difícil enfrentamento. A pesquisa será qualitativa e bibliográfica, objetivando a fundamentação teórica do tema, uma vez os resultados na pesquisa estarão demonstrados em gráfico de acordo com os dados coletados. Da pesquisa verificou-se a importância do Estado investir na escuta especializada devendo ser realizado por equipe multidisciplinar por meio de instrumentos adequados que permitam a geração das provas necessárias para resolução do mérito.

PALAVRAS-CHAVE: direito constitucional; ECA; escuta especializada; e depoimento sem dano.

SEXUAL VIOLENCE AGAINST CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE INTRAFAMILIAR ENVIRONMENT AND EMOTIONAL AND PSYCHIC DAMAGE: WHEN LISTENING ASKS FOR THE RELEASE OF HEALTH PROFESSIONALS

ABSTRACT: The present work presents the reflections on non - revitalizing practices: alternatives for children 's and adolescents' advocacy in judicial processes respecting human vulnerability / dignity and the prevention of speech silencing. Its general purpose is to analyze the non-detrimental testimony aimed at reducing damages to victims who need to be questioned in court, seeking to adapt the principles of the criminal process, especially the contradictory and ample defense, with the constitutional principles of human dignity. It justifies the relevance of the topic due to the need to understand the importance of the hearing of victims of sexual violence in a humanized way, without the procedure causing more traumas to the violent, since sexual violence of children and adolescents is a complex phenomenon and difficult to face. The research will be qualitative and bibliographical, aiming at the theoretical basis of the theme, once the results in the research will be demonstrated in graph according to the data collected. The research verified the importance of the State to invest in specialized listening and should be carried out by multidisciplinary team through appropriate instruments that allow the generation of the necessary evidence to resolve the merit.

KEYWORDS: constitutional right; ECA; specialized listening; and testimony without harm

1 | INTRODUÇÃO

A violência sexual contra criança e adolescente é um tema recorrente em todas as classes sociais e considerado pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 2013), como um dos maiores problemas de saúde pública. Além do mais, sabe-se que é um fenômeno complexo e de difícil enfrentamento, e está inserido num contexto histórico-social de violência endêmica e com profundas raízes culturais.

O abuso sexual infantil intrafamiliar é apenas um dos diversos tipos de violência a que a criança está exposta no lar e vem sendo praticado, ao longo dos tempos, sem distinção de raça, cor, etnia ou condição social. Ocorre de forma velada e, na maioria das vezes, não é relatado às autoridades competentes. Devido a constrangimentos, o tema não vinha sendo tratado em doutrina, até poucos anos atrás, dificultando, assim, as estatísticas e a comprovação do fato ilícito. É uma das formas mais cruéis de se maltratar uma criança e consiste na utilização de um menor para a satisfação dos desejos sexuais de um adulto. (POTTER, 2014, p. 182).

Abordar-se-á ainda as alterações da Lei 8069, de 1990 (Estatuto da Criança), através da Lei 13.431 de 2017, que normatiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, através do depoimento especial e da escuta especializada.

O **objetivo geral** do presente estudo é analisar o depoimento sem dano/especial, e da escuta especializada, cuja busca visa à redução de danos às vítimas que necessitam ser inquiridas em juízo, procurando adequar os princípios do processo penal, em especial, o contraditório e a ampla defesa, com os princípios constitucionais

da dignidade humana, e prioridade absoluta ao atendimento dos direitos de crianças e adolescentes. O presente trabalho visa **responder a seguinte pergunta**: o uso e a aplicabilidade do depoimento sem dano/especial e da escuta especializada pode prevenir a revitimização de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, na comarca de Porto Velho?

Para tal, foram explorados aspectos inerentes à cultura de vulnerabilidade sexual de crianças e adolescentes. Além de promover um estudo reflexivo sobre do Artigo 217-A do Código Penal, Lei 12.015/2009 (BRASIL, 2009) referente à dignidade sexual¹. Em seguida, pesquisou-se o arcabouço teórico² acerca do Depoimento Sem Dano (DSD), e, por conseguinte, promover o estudo sobre o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), no tocante à **efetivação da dignidade** humana no DSD e por último, **apontar reflexões** sobre as principais doutrinas acerca do DSD (CEZAR, 2007; AZAMBUJA, 2006; POTTER, 2010; AZAMBUJA; FERREIRA, 2011).

2 | CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE VIOLÊNCIA SEXUAL

Para o contexto histórico no que diz respeito ao tema em questão, faz-se necessário conferir a linha de raciocínio de Cezar (2007, p. 63), no sentido que:

a evolução jurídica e cultural do Estupro como um dos (senão o) crime(s) mais odiado(s) em nossa sociedade atual foi um processo de lentidão e justificação. No Antigo Regime francês, por exemplo, a vítima era criminalizada pelo estupro sofrido, quando o crime era denunciado e julgado.

Desta feita, no Brasil, a análise da evolução histórica do tratamento dispensado às crianças e adolescentes inicialmente foi fortemente influenciado pela tradição católica, sobretudo em virtude do modelo de colonização dos portugueses com a contribuição dos jesuítas, carmelitas e outros (DOBKE, 2001, p.48).

Desta maneira, na sociedade contemporânea, a lenta evolução histórica do conceito de infância e as reflexões sobre a criança e o adolescente cometidos na Segunda Guerra Mundial (1939-1945) não poderiam novamente ocorrer. Nesse sentido, a Assembleia Geral da recém-criada Organização das Nações Unidas (*United Union*) aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (UM, 1948). Fundada em fatos históricos e em doutrina precedente, a Declaração visa atingir o Homem todo e todos os homens e propugna por sua felicidade e seu bem-estar; buscando subordinar o privado ao público. Valoriza a família, a comunidade, os interesses, as necessidades e aspirações sociais do povo.

Segundo Trindade (2011, p. 385), o abuso sexual infantil, enquanto ruptura de um tabu extremamente radicado nas sociedades ocidentais contemporâneas é uma realidade que causa indignação a genitores e aos cidadãos em geral, de modo

1 novos tipos penais incriminadores.

2 doutrina e jurisprudência.

que psicólogos, magistrados, educadores, e especialistas não podem, enquanto seres humanos, serem indiferentes aos sentimentos de medo, de angústia e, em certas situações, de verdadeiro terror. Essa condição vai muito além daquilo que a psicanálise denomina de contratransferência.

Diante de todo histórico apresentado, se faz necessário trazer à tona as várias formas de violências e abusos contra a criança e o adolescente, vítimas de diversos maus-tratos por partes de abusadores ou de adultos.

3 | CONCEITUAÇÃO GERAL DE VIOLÊNCIA

Azambuja e Ferreira (2011, p. 25), declaram que embora pareça ser um problema contemporâneo, a violência é fruto de um processo histórico que colocou crianças em lugar de pouca atenção que se justifica por não ter sido criança, por muito tempo, considerada sujeito de direitos e deveres e visibilidade, tanto no âmbito da família como da sociedade e do poder público, fato que se justifica por ter sido a criança, por muito tempo, considerada sujeitos e merecedora de proteção.

Na Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988) encontramos no art. 227, § 4º, que: “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. No Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 5º (BRASIL, 1990), temos que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”. No Código Penal, art. 213 (BRASIL, 1940), encontramos um aspecto interessante uma vez que o mesmo restringe o termo estupro apenas ao sexo feminino, definindo-o como “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

Azambuja e Ferreira (2011, p. 29), preceituam que, no âmbito da família, os efeitos da violência estrutural são reduplicados, uma vez que não se pode pensar a violência intrafamiliar sem considerar o processo estrutural de produção e manutenção da violência. É preciso considerar a violência intrafamiliar sem considerar a violência estrutural das relações de gênero que se manifesta nas relações familiares, principalmente nas relações entre pai, padrasto, tio e crianças do sexo feminino, além das relações sexuais da família entre adultos e crianças ou adolescentes do sexo masculino. É preciso, ainda, levar-se em conta a violência familiar intergeracional entre irmãos mais velhos e mais novos, entre primos, dentre outras.

Segundo O Fundo das Nações Unidas para a Infância (*United Nations Children's Fund* - UNICEF, 2012, cf.), os maus-tratos contra a criança e o adolescente podem ser praticados pela omissão, pela supressão ou pela transgressão dos seus direitos, definidos por convenções legais ou normas culturais. Os maus-tratos estão divididos em: maus-tratos físicos, síndrome “do bebê sacudido”, síndrome da criança espancada (AZEVEDO; GUERRA, 1989), síndrome de Munchausen por procuração, maus-tratos

psicológicos, negligência, abuso sexual, abuso sexual sem contato físico e abuso sexual com contato físico, ou estupro (BRASIL, 1940).

O estupro já teve várias significações ao longo do tempo, consistindo, na essência, em violação sexual violenta, vale dizer, constranger pessoa à prática de qualquer ato libidinoso, inclusive a conjunção carnal, mediante o emprego de violência ou grave ameaça. No direito romano, *stuprum* espelhava, em sentido amplo “qualquer congresso carnal ilícito (compreendendo até o adultério e a pederastia)”, mas, em sentido estrito, “o simples concúbito com mulher virgem ou não casada, mas honesta”. Observa-se, ainda, um forte conteúdo de proteção à honra, visto que a vítima do estupro sente-se, invariavelmente, humilhada e desonrada (NUCCI, 2014, p.34).

Desta forma, passaremos a abordagem dos crimes sexuais contra vulneráveis.

4 | DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS

Atualmente existem dois crimes diversos, dependendo do perfil subjetivo do ofendido. Se a vítima é pessoa vulnerável, aplica-se o art. 217-A, ao passo que nas demais hipóteses índice o art. 213, ambos do Código Penal. Além disso, o estupro de vulnerável é crime mais grave, justificando-se a maior reprovabilidade na covardia do agente, na fragilidade da vítima e na amplitude dos efeitos negativos causados à pessoa de pouca idade, portadora de enfermidade ou deficiência mental ou sem possibilidade de resistir ao ato sexual. (GRECO, 2014, p.539).

Neste estudo objetivando demonstrar o índice de violência sexual praticadas contra crianças e adolescentes levantou-se, no período de 2014 a 2018, dados sobre violências sexuais sofridas por pessoas do sexo feminino em Porto Velho, conforme gráfico abaixo.

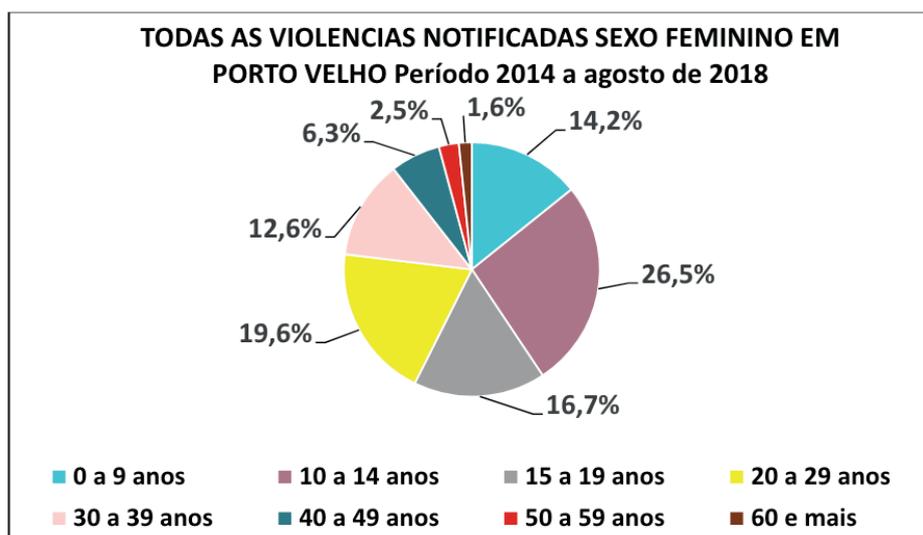


Gráfico – dados sobre violência sexual sofrida por pessoas do sexo feminino em Porto Velho no período de 2014 a 2018.

Fonte – SINAN/DVEA/SEMUSA Porto Velho dados acessados em 15/08/2018.

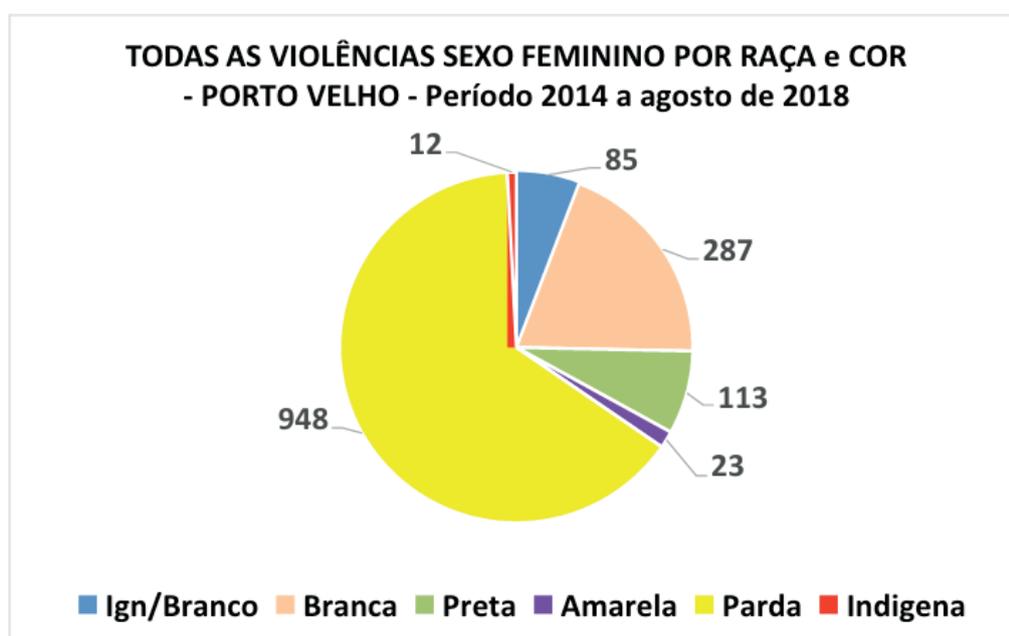
Dos dados levantados verificou-se que a maioria das violências são provocadas por pessoas do convívio diário da vítima, no gráfico acima do total de 1.468 crimes de violência sexual cerca de 597, ou seja, 40,70% as vítimas foram crianças de 0 a 14 anos.

Esse índice é muito elevado e necessita de ação efetiva da rede de proteção para minimizar os reflexos negativos dos abusos sexuais sofridos devendo-se, no depoimento especial e na escuta especializada, evitar-se, ao máximo, a revitimização, e, dessa forma, os traumas. Também é necessário evitar o silêncio da vítima, já que, na maioria das vezes, não há testemunhas do ocorrido. É possível aferir as informações acima pela observação dos seguintes gráficos e tabelas, que corroboram o gráfico acima destacado:

TODAS AS VIOLÊNCIAS POR ANO DE NOTIFICAÇÃO SEXO FEMININO EM PORTO VELHO

| Ano da Notificação | 0 a 9 anos | 10 a 14 anos | 15 a 19 anos | 20 a 29 anos | 30 a 39 anos | 40 a 49 anos | 50 a 59 anos | 60 e mais |
|--------------------|------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|-----------|
| 2014 | 13 | 42 | 26 | 33 | 22 | 11 | 9 | 4 |
| 2015 | 37 | 90 | 58 | 50 | 39 | 23 | 8 | 4 |
| 2016 | 98 | 88 | 47 | 67 | 49 | 26 | 14 | 9 |
| 2017 | 41 | 120 | 78 | 84 | 49 | 19 | 4 | 4 |
| 2018 | 19 | 49 | 36 | 53 | 26 | 14 | 2 | 3 |
| Total | 208 | 389 | 245 | 287 | 185 | 93 | 37 | 24 |

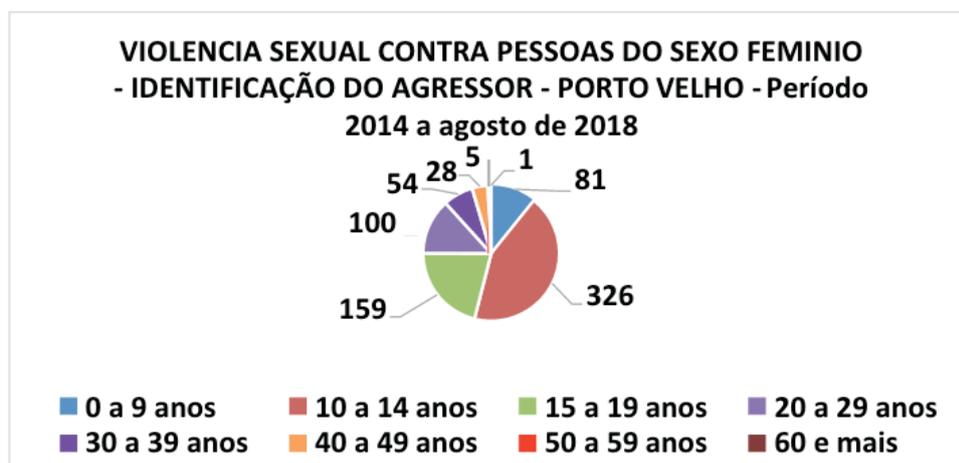
Fonte: SINAN/DVEA/SEMUSA PORTO VELHO, dados acessados em 15/08/2018.



VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA PESSOAS DO SEXO FEMININO - IDENTIFICAÇÃO DO AGRESSOR - PORTO VELHO

| Agressor / Idade da vítima | 0 a 9 anos | 10 a 14 anos | 15 a 19 anos | 20 a 29 anos | 30 a 39 anos | 40 a 49 anos | 50 a 59 anos | 60 e mais |
|----------------------------|------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|-----------|
| Auto provocada | 3 | 74 | 63 | 45 | 31 | 10 | 2 | 1 |
| Pai | 14 | 15 | 3 | 1 | 1 | 0 | 0 | 0 |
| Padastro | 18 | 20 | 11 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Conjuge | 0 | 23 | 1 | 3 | 2 | 3 | 1 | 0 |
| Ex-conjuge | 0 | 3 | 0 | 4 | 3 | 0 | 1 | 0 |
| Namorado | 0 | 67 | 3 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Ex-namorado | 0 | 11 | 0 | 1 | 0 | 1 | 0 | 0 |
| Irmão | 5 | 3 | 2 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Amigo / conhecido | 29 | 87 | 31 | 11 | 7 | 3 | 0 | 0 |
| Desconhecido | 12 | 23 | 45 | 32 | 10 | 11 | 1 | 0 |
| Total | 81 | 326 | 159 | 100 | 54 | 28 | 5 | 1 |

Fonte: SINAN/DVEA/SEMUSA PORTO VELHO, dados acessados em 15/08/2018.



Em todos os casos³, é fundamental a abrangência do dolo do agente. O autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com a pessoa em quaisquer situações descritas no art. 217-A. Se tal não se der, ocorre erro do tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, visto inexistir a forma culposa. (NUCCI, 2014, p.115).

Entretanto, tem prevalecido nos tribunais, o entendimento de ser vulnerabilidade absoluta. Inexiste explicação ou fundamentação detalhada para tal postura, a não ser a pressão sofrida por entidades de proteção infanto-juvenil, em especial as contrárias à prostituição, que assim desejam. (NUCCI, 2014, p.115).

Portanto, para a caracterização destes crimes é irrelevante o dissenso da vítima. A lei despreza o consentimento dos vulneráveis, pois estabeleceu critérios para concluir pela ausência de vontade penalmente relevante emanada de tais pessoas. Conseqüentemente, o aperfeiçoamento dos delitos independe do emprego

³ menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento, ou acometido de outra causa de redução da capacidade de resistência.

de violência, grave ameaça ou fraude. Em síntese, o sistema jurídico impede o relacionamento sexual ilícito com vulneráveis:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL, CONSUMAÇÃO COM A MERA PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO CONTRA MENOR, SENDO DESNECESSÁRIA A CONJUÇÃO CARNAL. ENTENDIMENTO DOUTRINAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. ADEMAIS, NECESSIDADE DO REEXAME DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor. Jurisprudência do STJ. [...]. (STJ, 2013).

Assim, de acordo com a redação constante do caput do art. 217-A do Código Penal, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de **ter** conjunção carnal; b) ou *praticar* qualquer outro ato libidinoso; c) com pessoa menor de 14 (quatorze) anos (BRASIL, 1940).

O crime pode ser cometido por qualquer pessoa. O sujeito passivo deve ser pessoa vulnerável (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, ou pessoa com incapacidade de resistência). Utiliza-se o tipo penal do art. 217-A para tais vítimas, mesmo quando houver violência real ou grave ameaça, afastando-se a aplicação do art. 213 pelo princípio da especialidade (NUCCI, 2014, p.118). O objeto material é a pessoa, vulnerável sobre a qual recai a conduta criminosa. O objeto jurídico penalmente tutelado é a dignidade sexual dos vulneráveis, com a finalidade de proteger a integridade e a privacidade de tais pessoas no âmbito sexual (MASSON, 2014, p.60).

5 | DEPOIMENTO SEM DANO

Potter (2010, p. 78) conceitua depoimento sem dano como método de testemunho judicial que promove tradução simultânea da linguagem verbal e não verbal de crianças e adolescentes vítimas de abuso.

A Lei 13.431 de 2017, que alterou a Lei 8069, de 1990, normatiza e organiza o sistema de direitos e garantias de crianças e adolescente vítima ou testemunha de violência, e cria mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal, assegurando a proteção integral e as oportunidades e facilidades para viver sem violência e a preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual, e gozam de direitos à sua condição de vítima ou testemunha.

Aduz ainda, que cabe aos entes da Federação desenvolver políticas integradas e coordenadas para garantir a esses menores seguranças no âmbito das relações intrafamiliares e sociais, resguardando-as de toda negligencia, discriminação,

exploração, violência e abuso, crueldade e opressão.

Azambuja e Ferreira (2011, p. 81), preceituam também que o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), que, em seu art. 1º, afirma ser justamente a lei responsável por dispor sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Assim, e de acordo com o que está no Estatuto, podemos dizer que a proteção integral se organiza em torno de três fundamentos ou princípios básicos: crianças e adolescentes são sujeitos de direitos; são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; são prioridades absolutas. Estes três princípios têm que andarem juntos, e nunca separados ou em oposição.

Cezar (2007, p. 87) menciona que as iniciativas para evitar a revitimização no palco processual são muitas. Neste caso específico, os três principais objetivos são:

- (i) Redução do dano durante a produção de provas em processos judiciais, nos quais a criança/adolescente é vítima ou testemunha;
- (ii) A garantia de direitos da criança/adolescente, proteção e prevenção de seus direitos, quando, ao ser ouvida em Juízo, sua palavra é valorizada, bem como sua inquirição respeita sua condição de pessoa em desenvolvimento;
- (iii) Melhoria na produção da prova produzida.

Dentro desse quadro, pois, o procedimento é articulado em ambiente apartado, sem os rigores de uma sala de audiência, e conduzido por profissional da assistência social ou psicologia, o qual é o “instrumento” para a realização das perguntas formuladas desde outro ambiente, servindo de “tradutor” das demandas.

O abuso sexual, objeto do depoimento sem dano, deve ser realizado por uma equipe multidisciplinar, fato é que o Projeto Depoimento Sem Dano, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/Brasil, foi implantado em 2003, no 2º Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, assumindo em 2004, caráter institucional (POTTER, 2010, p. 29).

O Projeto piloto Depoimento sem Dano consiste em colher o depoimento da vítima de abuso sexual em uma sala especialmente montada com equipamento de áudio e vídeo, interligando a sala de audiência, retirando, assim, o caráter solene do evento (POTTER, 2010, p. 29). A vítima é recebida, antes da audiência, por uma equipe interdisciplinar e encaminhada prontamente à sala especial, não se encontrando com o acusado (PISA; STEIN, 2006, p. 98).

Durante o depoimento ela não vê nem ouve a nenhuma das pessoas que estão na sala de audiências. Apenas um profissional toma o depoimento da vítima, ou seja, um psicólogo ou assistente social, integrante da equipe interdisciplinar dos Juizados da Infância e Juventude. O juiz, o promotor de justiça, o defensor e o acusado acompanham o depoimento pelo sistema de TV e têm a possibilidade de enviar perguntas ao técnico, que, como interlocutor, as repassa à criança ou adolescente, em linguagem adequada (ROMERO, 2007, p. 49).

Nesse sentido, não deixa de integrar a prova judicial, pois a entrevista é gravada em CD que, após, é anexado aos autos. Todo o equipamento do depoimento sem dano,

inclusive a sala especial, de audiências, bem como psicólogas e assistentes sociais que integram a equipe interdisciplinar com trabalho conjunto ao Projeto depoimento sem dano, e que estão capacitadas a fazerem a entrevista, estão à disposição tanto dos juizados especializados da Infância/Juventude como do juízo criminal (POTTER, 2010, p. 110).

Vale ressaltar que o depoimento sem dano, na época de sua criação, e por muito tempo, não tinha caráter obrigatório, pois tratava-se de um Projeto piloto experimental, portanto, ficava a critério de cada juízo utilizá-lo ou não. Pelo sistema processual vigente art. 502 (BRASIL, 1941), ao juiz processante cabia definir a forma da inquirição das partes. (POTTER, 2010, p. 72).

Entretanto, com o advento da Lei 13.431, de 2017, que alterou substancialmente a Lei 8069, de 1990, que estabelece em seu art. 4º, parágrafo 4º, que o não cumprimento do disposto na lei supracitada, implicará sanções previstas no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com isso, tanto a escuta especializada, que é o procedimento de entrevista sobre a situação de violência com criança ou adolescente perante órgão de rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário par ao cumprimento de sua finalidade, tornou-se obrigatória. Assim, como também, o depoimento especial, que é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

Quanto à dinâmica do depoimento judicial da criança/adolescente. Potter (2010, p. 82) diz que:

O objetivo mais importante do DSD é assegurar os direitos de proteção especial às crianças e adolescentes, possibilitando atendimento integrado pelos profissionais do Poder Judiciário e de outras áreas diretamente ligadas no atendimento da população, padronizando rotinas e posições, com a finalidade essencial de minimizar a repercussão psicológica do processo. Entretanto, nada foi disciplinado a respeito da metodologia a ser empregada na inquirição das vítimas infanto-juvenis.

Ressalta-se também, a importância desse procedimento, uma vez que a vítima será resguardada de qualquer contato com o suposto autor ou acusado, ou qualquer outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento para a criança, ou que venha deixá-la desconfortável. O método será realizado em locais apropriados e acolhedores, com infraestrutura e espaço físico adequado que garantam a privacidade da criança e do adolescente. Importante frisar ainda, que o procedimento será realizado presencialmente uma única vez, evitando assim, a revitimização da vítima, de acordo com o artigo 7º, da Lei 13.431, de 2017 (grifo nosso).

Por conseguinte, verifica-se a relevância do depoimento sem dano, nos casos em que haja violência sexual contra criança e o adolescente, em razão de que a referida técnica possibilita trazer a tona os fatos que irão contribuir na elucidação do crime, praticado contra os menores, vítimas de violência sexual. Cezar (2007, p.

21), traz a baila a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança aprovada na Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas (*United Nations*) de 20 de novembro de 1989. Que diz em seu Artigo 12:

Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração a opinião da criança, de acordo com sua idade e maturidade. 2. Para esse fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional (UN, 1990).

Azambuja e Ferreira (2011, p. 283), preceituam que para os objetivos do projeto sejam alcançados com maior facilidade, importante é que o técnico entrevistador facilite o depoimento da criança – assistente social ou psicólogo - sendo desejável que possua habilidade em ouvir, demonstre paciência, empatia, disposição para o acolhimento, assim como apresente uma capacidade de deixar o depoente à vontade durante a audiência.

As autoras supracitadas relatam que é importante ainda para que o depoimento seja realizado com sucesso, tanto para o bem-estar do depoente como para a qualidade da prova produzida, que possua o técnico conhecimento teórico relativo à dinâmica do abuso, preferencialmente com experiência em perícias, assim como possua um pensamento hábil e articulado que permita a fácil compreensão e interação de todos que estão a participar do ato judicial. E que em todas as etapas do depoimento o profissional deve reproduzir aspectos de base segura, acolhedora e continente, devendo isso ocorrer não só através dos diálogos que participar durante o ato, como também através do seu olhar, gestos, valorização da pessoa que acompanha o depoente, e ainda que permita transparecer um sentimento de compreensão com a situação em que a criança está inserida.

Como já referido anteriormente, o projeto depoimento sem dano busca, precipuamente, a *redução do dano* durante a produção de provas em processos no qual a criança/adolescente é vítima ou testemunha, sejam eles de natureza criminal ou civil, bem como que seus direitos sejam garantidos, sua palavra seja valorizada, o que só ocorrerá em sendo respeitada a sua condição de pessoa em desenvolvimento. Que pode ser dividido o depoimento em três etapas: i) Acolhimento Inicial; ii) Depoimento ou Inquirição; e iii) Acolhimento final/encaminhamentos. (TRINDADE, 2011, p.393).

Com o tempo aproximado de duração entre quinze e trinta minutos, inicia-se esta etapa com a intimação do responsável pela criança/adolescente para o comparecimento em audiência, com antecedência de pelo menos trinta minutos ao seu início, sendo este o momento em que ela e as pessoas de sua confiança serão acolhidas pelos técnicos – assistente social ou psicólogo – para o início dos trabalhos (POTTER, 2010, p. 129).

Após, presta o técnico à criança e seu responsável os esclarecimentos

necessários sobre os papéis que cada um deles exercerá durante a realização do depoimento – Juiz, Promotor de Justiça, Advogado, técnico e depoente – aproveitando a oportunidade para mostrar a sala de audiências, assim como com o explicar o motivo dela estar mais protegida (POTTER, 2010, p. 130).

Inserir-se ainda no acolhimento inicial a oportunidade de que o técnico conheça a linguagem que a criança utiliza para nomear os órgãos genitais masculinos e femininos, evitando que tal resposta venha a ser obtida já durante o depoimento, e que seja colhida a sua manifestação a respeito da presença do réu na sala de audiências durante a sua inquirição (POTTER, 2010, p. 130).

O depoimento da vítima, nos crimes que envolvem violência sexual intrafamiliar, agrega elementos que decorrem da posição ocupada na família e no processo, porquanto, na maioria dos casos, a vítima é também a única testemunha. Não se pode esquecer de que a criança, “mesmo dizendo a verdade, é tão facilmente sugestível que pode, com facilidade, ser induzida a retratar-se numa acareação, especialmente sendo-lhe oposta uma pessoa a quem tema e respeite”

Em última análise Luciana Potter (2010, P. 236), preceitua que é o momento de pensar em mecanismos de averiguar o dano psíquico, situado no campo da proteção à saúde, em substituir à exigência da oitiva da vítima, quando criança, como meio de provar a materialidade, evitando a reedição do trauma já experimentado. Raramente é possível apurar os danos físicos, sem afastar, contudo, a ocorrência do crime. As marcas mais importantes, como sinalizam os conhecimentos científicos disponíveis na contemporaneidade, se situam na esfera psíquica das pequenas vítimas cujas sequelas podem se estender por toda a vida, ao passo que as lesões físicas tendem a cicatrizar e desaparecer.

Por isso, que a integração de políticas públicas de atendimento, é fundamental para que as medidas apropriadas sejam tomadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou da testemunha, além de se ter uma equipe multidisciplinar altamente preparada para apuração do caso e acompanhamento da vítima, desde de quando toma ciência do caso e encaminhar aos órgãos de proteção. E este é claro, com a devida preparação para que as vítimas sejam protegidas a todo instante.

6 | CONCLUSÕES

O estudo visou percorrer, sobre o estudo do projeto “Depoimento Sem Dano/ ou depoimento especial”, a escuta especializada, para importância de uma prática que pode humanizar e aperfeiçoar a Justiça brasileira e o poder judiciário brasileiro através de um olhar interdisciplinar que a criminologia nos facultava para a compreensão e, principalmente, para a solução dos conflitos sociais, principalmente o crime.

Como norte metodológico de pesquisa, partiu-se da seguinte interrogativa: o depoimento sem dano previne a revitimização de crianças vítimas de violência

sexual? A violência sexual é problema de saúde pública global e ações têm sido implementadas para estimular estudos no tema, a fim de propor intervenções de prevenção e atendimento adequado.

Desta forma, o estudo teve o fito de demonstrar a forma em que essas crianças devem ser acolhidas e atendidas pelo Estado, sem que esses depoimentos provoquem novos traumas frente ao que já tenha ocorrido. E acima de tudo, que sejam vistas, não como um objeto de provas, mas como sujeitos de direitos, que devem ser protegidos e resguardados pelos órgãos da rede de proteção, isto é, os serviços e políticas de assistência social de proteção social básica e especial, serviços e políticas de saúde, serviços e políticas de educação, sistema de atendimento socioeducativo, políticas de proteção de direitos humanos. Além, do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, segurança pública, Conselhos Tutelares, Ouvidorias, entidades sociais de defesa de direitos, respeitando o princípio constitucional ao acusado ou autor, da ampla defesa e do contraditório, assim como rege a nossa Constituição Federal.

Outrossim, por considerar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 100, parágrafo único, inciso V, elenca entre os princípios que devem ser observados nas medidas de proteção aplicadas em benefício das crianças e dos adolescentes, o princípio da privacidade, afirmando que a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente devem ser efetuadas em respeito a intimidade, direito à imagem e reserva de sua vida privada, o Poder Judiciário do Estado de Rondônia, através do Provimento Conjunto Presidência e Corregedoria Nº 004/2018, estabeleceu em seu Artigo 1º - que:

Art. 1º. Nas comarcas do Estado de Rondônia dotadas de salas e equipamentos para a oitiva de criança e adolescentes vítimas e testemunhas de crimes e em processos relacionados a abuso ou alienação parental, torna-se obrigatória a sua utilização para coleta do depoimento especial.

Assim sendo, e por essa razão, chegou-se à conclusão de que esses procedimentos são os mecanismos mais eficazes e eficientes na apuração dos crimes de violência sexual contra crianças e adolescentes, cabendo ao Estado investir no aparelhamento do judiciário a fim de humanizar os procedimentos que visam coibir essa violência desenfreada que atinge a estrutura familiar na qual as crianças e adolescentes deve se desenvolver.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andreia Rodrigues. Doutrina da proteção geral. In. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 10. ed. Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2006.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual intrafamiliar**: É possível proteger a criança?

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de.; FERREIRA, Maria Helena Mariante. **Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

AZEVEDO, M. A; GUERRA, V. N. A. **Crianças Vitimizadas: a síndrome do pequeno poder**. São Paulo: Iglu, 1989.

_____. Casa Civil. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 15.09.2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 191-A, 05 out. 1988, p.1.

CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral e Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano**: Uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DOBKE V. Abuso Sexual: **A inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1.988**. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 14-15.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A oitiva de crianças nos processos de família. **Revista Jurídica**, n. 278, 2000, p. 30.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal esquematizado – Parte Geral**. v.1. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra A Dignidade Sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

POTTER, Luciane. **Depoimento Sem Dano**: Uma Política Criminal de Redução de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROZANSKY, Carlos Alberto. A menina abusada diante da justiça. In: VOLNOVICH, J. R. (Org.). **Abuso sexual na infância**. Rio de Janeiro: Lacerda, 2005. p. 91-115.

STJ, Supremo Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL. AgRg no AREsp: 279878/MG 2013/0011190-6. Relator: Campos Marques. DJe. 04.04.2013. **Jus Brasil**. 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23096471/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-279878-mg-2013-0011190-6-stj?ref=juris-tabs>> Acesso em: 15.09.2018.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

UN, United Nations. **Universal Declaration of Human Rights**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>> Aceso em: 15.09.2018.

_____. United Nations Children's Fund. **Declaration of the Rights of the Child**. Geneva, 1959.

Disponível em: <<https://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf>>
Acesso em: 15.09.2018.

_____. Human Rights, Office of the High Commissioner. **Convention on the Rights of the Child**. 1990. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>> Acesso em: 15.09.2018.

_____. World Health Organization. **Toward a world free from violence: global survey on violence against children**. New York: Office of the Special Representative of the Secretary General on Violence against Children; 2013

_____. UNICEF, United Nations Children's Fund. **Protocolo de Atenção Integral a crianças e adolescentes vítimas de violência**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/publicacoes/publicacoes-1/ProtocoloAtenIntegralCriançasAdolescentesVítimasViol.pdf>>
Acesso em: 15.09.2018.

_____. PROVIMENTO-Conjuntos-Normativo. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/corregedoria/index.php/atos-normativos/provimentos-conjuntos/110-provimentos-conjuntos/provimentos-conjuntos-2018/2280-provimento-conjunto-n-04-2018-pr-cgj>> Acesso em: 16.10.2018.

A OCORRÊNCIA DO CRIME DE ABANDONO INTELECTUAL E AS REFORMAS NECESSÁRIAS PARA RESPONSABILIZAÇÃO EFETIVA DA FAMÍLIA

Eduardo Marques da Fonseca

Universidade Estadual do Piauí-UESPI -Teresina-PI

Lillian Lettiere Bezerra Lemos Marques

Centro Universitário Uninassau-Teresina-PI

Luciana Carrilho de Moraes.

Universidade Estadual do Piauí-UESPI -Teresina-PI

Gerson Tavares Pessoa

Centro Universitário Uninassau-Teresina-PI

RESUMO: A manutenção das liberdades individuais, do regime democrático e dos direitos fundamentais é influenciada pelo processo de construção da educação dentro da sociedade, pois esta é responsável pelo nível de esclarecimento, participação ativa e consciência política dos cidadãos, sendo o ponto de partida para a realização socioeconômica, profissional e cultural das pessoas. Com o intuito de preservar o direito ao acesso à educação, a legislação brasileira prevê vários institutos normativos em alguns ramos do ordenamento pátrio, que compõem uma vasta gama de prerrogativas e obrigações para com esta. Entre eles se destaca o abandono intelectual, que responsabiliza penalmente os pais que se omitem quanto ao provimento da educação dos seus filhos menores, estabelecendo sanções. Estas também podem ocorrer no âmbito civil,

inclusive podendo culminar com a retirada do poder familiar desses pais. Entretanto, apesar da ampla legislação a respeito, percebe-se na prática a necessidade de reformas e avanços imediatos, seja na própria redação do texto penal, na criação ou no endurecimento de outras leis complementares ou mesmo no reforço aos órgãos de fiscalização e controle, para que se possa efetivar a proteção legal às crianças e adolescentes no que concerne ao direito à educação no Brasil. Sob essa perspectiva, o presente trabalho busca fazer uma reflexão acerca da ocorrência prática deste crime na sociedade brasileira, suas principais características e consequências geradas, a efetividade da aplicação das punições previstas e os avanços necessários para a garantia da real responsabilização dos agentes e do fiel cumprimento das obrigações impostas.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Educação. Abandono. Responsabilização

THE OCCURRENCE OF THE CRIME OF INTELLECTUAL ABANDONMENT AND THE REFORMS NECESSARY FOR EFFECTIVE FAMILY ACCOUNTABILITY

ABSTRACT: The maintenance of individual freedoms, the democratic regime and fundamental rights is influenced by the process of constructing education within society, since it is responsible for the level of enlightenment,

active participation and political awareness of the citizens, being the starting point for the realization socioeconomic, professional and cultural background. With the purpose of preserving the right to access to education, Brazilian legislation provides for several normative institutes in some branches of the country, which comprise a wide range of prerogatives and obligations to it. Among them is the intellectual abandonment, which criminalizes parents who omit to pay for their children's education, establishing sanctions. These may also occur in the civil sphere, including culminating in the withdrawal of the family power of these parents. However, in spite of the ample legislation in this respect, it is perceived in practice the need for reforms and immediate advances, be it in the writing of the penal text itself, in the creation or in the hardening of other complementary laws or even in the reinforcement to the control and control organs, so that the legal protection of children and adolescents with regard to the right to education in Brazil can be effective. From this perspective, the present work seeks to reflect on the practical occurrence of this crime in Brazilian society, its main characteristics and consequences, the effectiveness of the application of punishments and the necessary advances to ensure the real accountability of agents and the faithful obligations imposed by law.

KEYWORDS: Family. Education. Abandonment. Accountability

1 | INTRODUÇÃO

A legislação brasileira busca garantir os direitos e deveres para com a educação, previstos em diversos diplomas e dispositivos normativos que compõem o amplo ordenamento jurídico pátrio. Entre estes se destacam - além da própria Constituição Federal - o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Código Penal. Neste último se encontra previsto o crime que será o objeto central do presente estudo – o abandono intelectual – que para ser compreendido em suas variadas dimensões, necessitará de todos os outros diplomas citados.

Percebe-se que o ordenamento normativo brasileiro traz exigências e responsabilidades aos pais quanto à educação dos seus filhos menores de 18 anos. A não garantia desses direitos será passível da intervenção estatal, de forma a responsabilizar os legitimados para esses deveres. A omissão por parte dos pais na obrigação legal de prover à instrução e educação fundamental dos filhos é um delito previsto pelo legislador penal, e auxiliado por outros dispositivos, que serão tratados em particular no decorrer dos capítulos. Esse comportamento é passível de vários tipos de penas e sanções como também será observado, não apenas para o ente familiar, mas também para o próprio Estado, através de seus órgãos e instituições públicas.

Pretende-se demonstrar às características e a ocorrência do crime de abandono intelectual e as formas de responsabilização da família (seja penal ou civilmente),

abordando o estudo desses diversos institutos legais em vigor a respeito, as obrigações e punições previstas, a sua efetiva aplicabilidade prática, bem como a necessidade da ocorrência de reformas ou inovações, visando tornar efetiva a proteção legal a que se destina o direito à educação no Brasil.

2 | O DIREITO À EDUCAÇÃO E O DEVER DE EDUCAR

O primeiro diploma a tratar do direito à educação e o dever de sua oferta, é a própria Constituição Federal. Esta obrigação estatal de prover os meios, os recursos e toda a organização do sistema educacional, fica bem nítida no artigo 205 da CF/88:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

(...) (BRASIL, 1988)

Deste modo, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe a educação como sendo um dos direitos sociais e como tal também um direito inalienável do cidadão. Outra parte que também trata sobre essa oferta é:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

O artigo 229 leciona ainda: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar seus filhos”. Garante também a “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade” (art. 208, I, da CF/88), informando o dever da família em assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação. A Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e já nos seus primeiros artigos, trata da proteção integral daqueles que possuem até 12 anos de idade incompletos (crianças) e entre 12 e 18 anos (adolescentes):

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 saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

Esse dispositivo inicial do ECA vem reafirmar o dever constitucional da família e do Estado, destacando ainda que não haja nenhum tipo de discriminação no tratamento desses indivíduos, inclusive no tocante às características individuais de

aprendizagem e desenvolvimento. Outro dispositivo desta lei a tratar é o Art. 22:

Art. 22. 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.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (BRASIL, 1990).

Percebe-se na redação do texto, que é expressamente vedada nos dias atuais a diferenciação das responsabilidades entre os pais, mães ou responsáveis no que diz respeito ao dever de prover à educação das crianças e adolescentes. Este fato é realçado no Art. 55 do mesmo ECA: “os pais ou responsáveis, tem a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”.(BRASIL, 1990.) Ainda no tocante aos deveres da família, o estatuto prevê no art. 129, inciso V, o dever dos pais ou responsáveis de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar. O não cumprimento dessa obrigação ensejará sanções civis.

Já a Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, a chamada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), que ao longo dos anos vem sendo modificada e sua proteção educacional ampliada, aborda logo no seu primeiro dispositivo: “art. 1º - a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”. Percebe-se desde então que essa formação educacional é delegada primariamente à família, (como já comentado anteriormente), e que esta, ao lado do Estado, são os responsáveis pelo total provimento da educação.

Esta ideia é mais uma vez reforçada no título II desta lei, que trata dos princípios e fins da educação nacional: “art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Observa-se na leitura deste, que houve uma preocupação do legislador com a ordem de obrigações para com a educação, colocando a família no início do texto e logo após o Estado, denotando uma clara ideia de que ambos são os sujeitos que possuem tal dever, mas que essa educação se inicia na família e se aperfeiçoa com a intervenção estatal, no provimento da vida escolar desses seres em desenvolvimento, para que possam alcançar a convivência social cidadã e a sobrevivência digna.

Com relação aos pais que não cumprirem o dever legal de garantir a instrução primária dos filhos que estejam em idade escolar, estarão sujeitos às penalidades impostas pelo Código Penal (pois se configura como crime de abandono intelectual) e do Código Civil (que pode chegar até a situação de perda do poder familiar), como se analisará no próximo capítulo, que tratará do estudo destes dois institutos jurídicos,

temas centrais do presente trabalho.

3 | DEFINIÇÃO DE ABANDONO INTELECTUAL E DE PODER FAMILIAR

O crime de abandono intelectual, está previsto no título VII (dos crimes contra a família), e o texto legal prevê: “deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa (art. 246 do Código Penal)”. Percebe-se que tal crime se materializa pelo não cumprimento por parte dos pais da responsabilidade de prover a instrução escolar primária dos filhos menores de idade. As penas previstas podem variar de multa pecuniária (a ser paga em dinheiro) ou até mesmo chegar ao caso de detenção (onde o condenado pode cumprir as penas nos regimes semiaberto ou aberto).

Verifica que se trata de um crime de omissão por parte dos pais, em não matricular os filhos nos estabelecimentos oficiais de ensino, seja na rede pública ou mesmo privada, no momento em que aqueles completam a idade de frequentá-los.

O sujeito ativo - aquele que, de forma direta ou indireta, realiza a conduta descrita no tipo penal - do crime de abandono intelectual são unicamente os pais, sendo este então, um crime próprio (que são os delitos que só podem ser cometidos por determinadas pessoas), já que o dispositivo legal não se estendeu a outros responsáveis como tutores (que prestam assistência e proteção de menores que não estão sob a autoridade dos pais) e demais representantes legais.

No dispositivo também há uma parte que se configura como um elemento normativo do tipo, ao se falar em “sem justa causa”, que traz a consequência de não haver o crime se estiverem presentes “motivos juridicamente justos” para a ocorrência dessa omissão. Já os dispositivos legais básicos que tratam do “poder familiar” estão presentes no Código Civil Brasileiro, no seu Capítulo V, seção I, que trata das disposições gerais, ao prevê nos seguintes artigos:

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. (BRASIL, 2002)

Percebe-se, com a análise dos artigos, que o exercício do poder familiar é atributo de ambos os pais (de forma igualitária), com relação aos filhos menores de idade ou mesmo emancipados. A autoridade familiar, se caracteriza como um conjunto de direitos e deveres pertencentes à figura dos pais, com relação aos filhos menores. Essas prerrogativas e obrigações também estão positivadas no Capítulo V do Código Civil, na seção II, que aborda o exercício do poder familiar:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

O objetivo central é assegurar que os pais, ainda que não convivam no mesmo ambiente físico ou não mantenham vida conjugal de fato, possam prover meios e condições do acesso aos filhos menores aos direitos a uma educação, saúde e bem-estar mínimos para uma vida digna e honesta. Neste aspecto o Estado é o grande detentor da prerrogativa de interferência na relação familiar, sendo as consequências dessa intervenção, passíveis das sanções mais graves previstas no Código Civil para os pais que não cumprem suas obrigações legais para com os filhos. Aos casos em que essas obrigações não forem ou não estiverem sendo cumpridas, haverá hipóteses de extinção, suspensão ou destituição desse poder familiar.

4 | A OCORRÊNCIA DO CRIME DE ABANDONO INTELECTUAL E AS REFORMAS NECESSÁRIAS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO EFETIVA DA FAMÍLIA

Como já discutido no capítulo anterior, a tipificação do crime de abandono intelectual trás a expressão “filhos”, o que denota claramente o intuito do legislador em enquadrar apenas os pais (sejam eles naturais ou adotivos), nessa obrigação de prover à instrução primária desses menores. Esta redação retira a possibilidade de envolver juridicamente outros atores que possuem (na prática) as mesmas responsabilidades como os tutores e outros representantes legais, como propensos sujeitos ativos deste delito criminal.

Por conta da ausência de uma maior amplitude do texto normativo deste tipo penal, ocorre uma visível violação do princípio da proteção integral das crianças e adolescentes, ao não se garantir a igualdade material entre os agentes envolvidos, pois como bem assevera Resende (2015, p. 1):

A restrição da responsabilidade abre margem para a impunidade, pois deixa de considerar segmentos relevantes da sociedade. A uniformização entre pessoas, ligadas entre si pela mesma razão jurídica é a base da isonomia material, que foi negligenciado por esse regramento. (...) Como muito bem aduz Silva (2009): “O entendimento da igualdade material, deve ser o de tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que diz respeito a possibilidades de concessão de oportunidades”.

Outra situação verificada a esse respeito é o fato do não alinhamento da lei penal com a lei civil, pois a título de exemplo, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (9.394/96), que funciona como um complemento do crime ora em análise (norma penal em branco), aborda em seu art. 6º: “É dever dos pais ou responsáveis

efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade. (BRASIL, 2013)”. Assim, como também demonstra Gonçalves (2011, p. 583): “apesar da Lei nº 9.394/96, obrigar também os responsáveis legais pelo menor a efetuar sua matrícula, o tipo penal do art. 246 só pune quem não matricula os próprios filhos”. Esse entendimento é pacífico na doutrina jurídica, visto que a previsão divergente é facilmente observada.

Além da LDB, observa-se que também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) estende aos “responsáveis” o dever tanto de matrícula, quanto de acompanhamento da vida escolar dos menores, pois de acordo com o art. 129, inciso V: “são medidas aplicáveis aos pais ou responsável: (...) obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar”, o que corrobora com os argumentos verificados nessa questão.

Diante dos fatos analisados, no tocante à tipificação dos sujeitos ativos, torna-se necessário que haja uma reforma na redação do texto penal que trata do crime de abandono intelectual, para que este dispositivo possa funcionar em consonância com as normas civis correlatas, e se amplie a real proteção dos sujeitos passivos (crianças e adolescentes), ao tornar possível que sejam enquadrados nesta espécie delitiva, todos os eventuais agentes que estejam com a responsabilidade direta do provimento fundamental à educação escolar dos menores no Brasil.

Para além da latente necessidade de ampliação dos possíveis sujeitos ativos do crime de abandono intelectual, é preciso expandir também as punições previstas para tal, tornando mais claros os critérios adotados para sua ocorrência e trazendo de forma objetiva o modo com que os responsáveis serão penalizados. Para tanto outras normas complementares também são necessárias.

No que diz respeito ao provimento da instrução escolar primária dos menores a que se referem tanto a Constituição, quanto a LDB e o ECA, este critério se dará não apenas pela matrícula, mas também pelo acompanhamento da frequência, o aproveitamento escolar e a participação ativa dos pais ou responsáveis no cotidiano educacional das crianças e adolescentes, no período em que estas possuem dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade.

Para uma melhor compreensão da dimensão desse problema, cabe refletir sobre alguns números alarmantes acerca desta. De acordo com dados do Censo Escolar 2018, divulgados pelo INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), vinculado ao Ministério da Educação, entre 2014 e 2018, a Educação Básica (Educação Infantil, Ensino Fundamental 1 e 2, Ensino Médio e Educação de Jovens e Adultos – EJA) “perdeu” 1,3 milhão de alunos matriculados, apontam os dados do Inep. O Brasil tem cerca de 2 milhões de crianças e adolescentes de 4 a 17 anos fora da escola. As maiores concentrações estão na faixa de crianças com 4 anos de idade, com 341.925 crianças fora da pré-escola e aos 17 anos, com 915.455 jovens, conforme nos mostra um dos indicadores das figuras 01 e 02 a seguir:

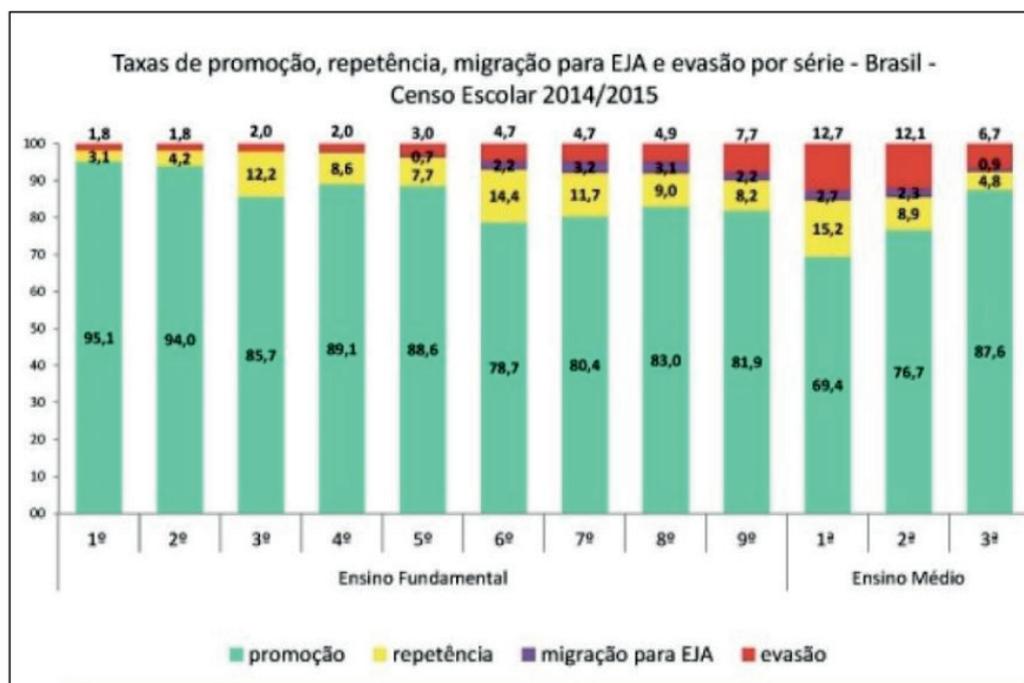


Figura 1 – Taxas de promoção, repetência, migração para EJA e evasão – Censo Escolar 2014/15.

Fonte: DEEP INEP / MEC – Boletim Censo Escolar nº 07 / 2017.

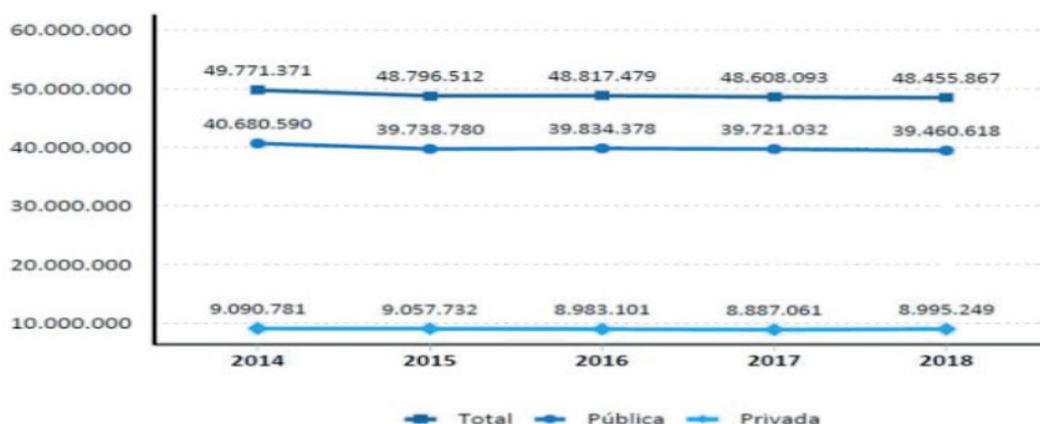


Figura 2– Total de matrículas na educação básica segundo a rede de ensino - Brasil - 2014 a 2018

Fonte: DEEP INEP / MEC – Boletim Censo Escolar 2018.

Conforme a taxa de evasão entendida pelo MEC compreende os alunos em idade escolar que deveriam ter sido matriculados de um ano para outro e não foram; ou aqueles que abandonaram o ano letivo no seu decorrer, verifica-se um elevado índice dessa prática (especialmente no Ensino Médio). Nesta etapa de ensino (que compreende os três anos finais da educação básica), de acordo com os números deste levantamento, cerca de um em cada 10 adolescentes que deveriam estar frequentando a escola, por algum motivo não estão (parte porque nem foram matriculados e outros por terem abandonado a escola “pós-matricula”).

Visto que o crime de abandono intelectual se configura pelo não provimento

à educação primária de crianças e adolescentes - e nesse aspecto a matrícula e a frequência escolar são dois dos passos indispensáveis para o cumprimento desse dever - fica nítido com os dados sobre a evasão escolar, que este crime há de ser amplamente cometido no Brasil, excetuando-se os casos em que eventualmente possa haver a justa causa, que deverá ser provado a sua motivação. A identificação desses sujeitos ativos da prática delitiva trabalhada se torna fácil, visto que as instituições de ensino possuem (ou pelo menos devem possuir) todos os dados fundamentais dos pais dos alunos de sua rede escolar. O que irá ser de suma importância no enquadramento ou não destes no tipo penal é justamente a ocorrência ou não do fator justa causa.

A motivação para os indicadores analisados quanto a essa evasão escolar, podem, entre outros aspectos, serem explicados pela ausência da família no ambiente escolar cotidianamente. Com o intuito de analisar essa participação ativa dos pais ou responsáveis na vida escolar dos alunos de 4 a 17 anos em todo o Brasil, foi realizada uma pesquisa no ano de 2014, pelo Movimento Todos Pela Educação, em todas as regiões do Brasil e abrangendo todos os níveis de ensino da educação básica, em instituições oficiais e privadas, que revelou:

19% dos pais de estudantes são considerados distantes do ambiente escolar e da própria relação com os filhos. No outro extremo, 12% dos pais são comprometidos, ou seja, acompanham o desempenho dos filhos na escola, comparecem às atividades escolares e têm relação próxima com as crianças e jovens.

(...)

Em relação à presença nas reuniões escolares, o levantamento mostra que 53% participaram de todas, 26% de algumas e 19% não participam de nenhuma. A principal justificativa (66%) é a falta de tempo. (MOVIMENTO TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2014)

Os dados deste estudo falam por si só: visto que cerca de metade dos pais ou responsáveis não participam assiduamente das reuniões com a equipe escolar, sendo que quase 20% não comparecem a nenhuma durante o todo o ano letivo. Em caso da não comprovação de causa justa para tais omissões, parece claro que estes casos são exemplos notórios do amplo cometimento do crime de abandono intelectual no Brasil (apesar de passarem despercebidos da maioria da sociedade).

Isso denota o quanto estes sujeitos estão negligenciando o processo de educação escolar básica daqueles pelos quais são encarregados de fazê-lo, deixando esses menores desamparados desse direito fundamental para o seu desenvolvimento. Com o objetivo de ampliar a proteção dessas crianças e adolescentes no tocante ao referido direito, encontra-se tramitando no Senado Federal (atualmente na CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania), um projeto de lei (nº 189, de 2012) de autoria do senador Cristovam Buarque, que estabelece penalidades para os pais ou responsáveis que não comparecerem às escolas de seus filhos para acompanhamento do desempenho deles. A explicação da ementa da lei é:

Institui multa de 3 (três) a 10 (dez) por cento sobre o salário-mínimo da região (penalidade decorrente do art. 7º do Código Eleitoral) aos pais ou responsáveis legais que não comparecerem periodicamente às escolas de seus filhos para acompanhar o desempenho deles; determina que esse comparecimento deve ocorrer pelo menos uma vez a cada dois meses; dispõe que para fins de comparecimento entende-se a participação em reuniões oficiais de pais e mestres ou diálogo individual com os professores, sendo que o certificado de comparecimento dos pais será atestado pelo Diretor da respectiva escola; a vigência desta lei se dará em 1º de janeiro do ano subsequente a sua publicação. (BRASIL, 2012)

Percebe-se que com a aprovação desta lei e sua consequente entrada em vigor, haverá a possibilidade de se ter critérios mais claros e objetivos no sentido não apenas de prevê responsabilidades, mas também de efetivar uma maior responsabilização da família que não honra com suas atribuições legais frente ao cotidiano escolar dos estudantes menores, o que certamente trará subsídios mais concretos para a fiscalização e punição dos omissos quanto a esse dever, e auxiliará na proteção legal que todos os dispositivos já existentes buscam alcançar.

Juntamente com a ampliação legal do rol de sujeitos ativos do crime de abandono intelectual e de normas complementares mais abrangentes e rigorosas sendo postas em prática, necessita-se ainda de um reforço no tocante à atuação dos órgãos responsáveis pelo controle desse processo de efetivação do direito-dever de educar no Brasil.

Apesar da própria família ou a comunidade em geral, também possuir a atribuição social de cobrar o cumprimento dos direitos referentes à educação escolar das crianças e adolescentes, existem algumas instituições que possuem funções expressamente legais quanto a essa fiscalização e o dever de eventuais denúncias ou apurações necessárias. As próprias instituições de ensino, pelo fato de ser o ambiente imediato da ocorrência de eventuais ações ou omissões que restrinjam algum desses direitos e deveres, estão incumbidas, segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de:

Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:

(...)

VII - informar pai e mãe, conviventes ou não com seus filhos, e, se for o caso, os responsáveis legais, sobre a frequência e rendimento dos alunos, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola; (Redação dada pela Lei nº 12.013, de 2009)

VIII – notificar ao Conselho Tutelar do Município, ao juiz competente da Comarca e ao respectivo representante do Ministério Público a relação dos alunos que apresentem quantidade de faltas acima de cinquenta por cento do percentual permitido em lei. (BRASIL, 1996)

Reforçando esse entendimento, preceitua o art. 56 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao

Conselho Tutelar os casos de:

(...)

II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares;

III - elevados níveis de repetência. (BRASIL, 1990).

Entende-se que ambos os artigos acima trazem para a própria escola, através dos seus gestores - direção, coordenação pedagógica, supervisores - a tarefa de intervir junto aos Conselhos Tutelares informando sobre a frequência e o rendimento do seu corpo discente, para que este tome as providências cabíveis à situação específica.

Necessário também se mostra que sejam discutidos dentro da própria escola a existência deste tipo de crime e as penas previstas para quem o comete como forma de tornar cientes toda a comunidade escolar para que esta possa se envolver no fiel cumprimento dessas garantias legais e saiba a quem recorrer no caso de omissão dos responsáveis. Ao citar o Conselho Tutelar como órgão competente para ser notificado quanto à infrequência dos alunos matriculados nos sistemas de ensino, a evasão destes ou outras situações análogas, que permitam identificar a ocorrência do crime de abandono intelectual, percebe-se que a ele foi delegado uma das mais importantes incumbências para a garantia do cumprimento dessas obrigações.

Isso fica visível na leitura do art. 136, do Estatuto da Criança e do Adolescente que aduz a respeito:

Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

(...)

IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;

V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;

(...)

XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

Parágrafo único. Se, no exercício de suas atribuições, o Conselho Tutelar entender necessário o afastamento do convívio familiar, comunicará incontinenti o fato ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). (BRASIL, 1990)

Há uma límpida percepção de que se atribuiu ao Conselho Tutelar a tarefa imediata de representação junto ao Ministério Público nos casos em que julgue necessárias ações para garantir os direitos das crianças e adolescentes, nas esferas cível, penal e administrativa. Para tanto, destaca-se também o papel do MP, que no âmbito educacional, faz um reforço da sua função de zelar pelos direitos e garantias legais da sociedade, conforme expressa a Constituição Federal.

Os Conselhos Tutelares são os órgãos que possuem a função primária de

fiscalização e orientação frente às várias espécies de exploração, violência e negligência para com estes. Apesar de serem órgãos autônomos, eles estão vinculados às administrações públicas municipais e que como tal acontece no Brasil, muitas vezes ficam reféns das disputas e influências político-partidárias, que atrapalham o correto funcionamento de suas atribuições.

Infelizmente estes órgãos tão indispensáveis à sociedade, possuem no dia a dia, dificuldades enormes para o funcionamento mínimo de seus afazeres, pois na prática carecem de estrutura mínima para cumprir com suas obrigações. Esta situação fica evidente ao se analisar os dados do relatório do Cadastro Nacional dos Conselhos Tutelares, publicado em 2013:

Há nítida deficiência da infraestrutura de comunicações e conectividade. Com efeito, 25% dos Conselhos Tutelares revelaram não ter telefone fixo e 37% disseram não ter celular – um equipamento essencial para a realização do plantão tutelar e a coordenação de diligências, entre outras atividades afeitas à garantia dos direitos da criança e do adolescente.

O Cadastro Nacional detectou ainda uma disponibilidade limitada, para uso exclusivo dos Conselhos Tutelares, de motos, carros, barcos e outros meios de transporte motorizados necessários para a realização de diligências. Quase metade (44%) dos conselhos não tem veículo de uso exclusivo, com uma média nacional de 0,60 veículo por conselho.

(...)

Quanto às instalações físicas, apenas 59% dos Conselhos Tutelares tem sede de uso exclusivo, 39% tem uma ou mais salas e 2% sequer dispõe de sala de uso exclusivo – ou seja, compartilham espaço com órgãos municipais. Como o ambiente físico é proxy da capacidade de garantir privacidade, o Cadastro Nacional revela que, em até 41% dos conselhos, o atendimento pode estar sendo realizado em instalações que não permitem a privacidade necessária em casos sensíveis.

Tal vulnerabilidade é reforçada pelo fato de 45% dos Conselhos Tutelares terem mudado de endereço nos últimos quatro anos, sendo 12% mais de uma vez, o que sugere instalações físicas pouco consolidadas.

(...)

Apenas 40% dos conselhos têm pessoal de apoio próprio – o que pode limitar a capacidade operacional daqueles que atuam em municípios de grande população.

(...)

A presença de uma equipe de apoio integrada tanto por profissionais da Pedagogia e da Psicologia quanto por pessoal de apoio pode ser vital para dar maior qualidade e agilidade ao atendimento realizado nos Conselhos Tutelares. Apenas 40% dos conselhos tem pessoal de apoio, sendo que a maioria dos conselhos de todas as regiões não o tem(...). (BRASIL, 2013)

Outro fator que dificulta o seu pleno exercício de prerrogativa é a dificuldade, em muitos casos, de atuar em áreas onde a criminalidade se alastrou de forma intensa, pois além da forte resistência das próprias famílias em cooperar com a instituição, os conselheiros necessitam de reforço policial para atuar, seja nas escolas ou na comunidade em geral.

Deste modo, as condições precárias de estrutura, funcionamento e independência prática destes Conselhos Tutelares, inviabilizam a sua atuação ferrenha no deveres

a que estão incumbidos. Até mesmo nos crimes mais “abertamente danosos” como exploração sexual, violência física, abandono material, entre outros, cometidos contra crianças e adolescentes, se torna difícil essa atuação, ainda mais neste tipo penal - abandono intelectual - que ainda é pouco conhecido da sociedade em geral, inclusive das próprias instituições escolares e muitos de seus profissionais.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebeu-se que apesar da incontestável importância que deve ser tratado o direito à educação e os diversos institutos existentes na legislação brasileira que trazem essas garantias e obrigações, no cotidiano são encontrados muitos problemas relacionados à falta de efetividade plena desse direito-dever, especialmente no que se refere à proteção das crianças e adolescentes ao acesso e permanência nas instituições educacionais, advindo da omissão tanto do poder público, quanto do ente familiar.

Por essa razão, verificou-se a necessidade de algumas reformas ou adaptações em vários aspectos que se relacionam à garantia da real responsabilização da família (de modo geral), que se omite perante o dever de provimento da educação primária e fundamental dos menores em idade escolar.

Entre essas reformas, percebeu-se que é fundamental a busca pelo alinhamento das leis civis e penais, de forma a unificar o entendimento no tocante aos sujeitos ativos desta espécie delitiva e conseqüentemente aumentar a possibilidade do enquadramento penal dos variados agentes que na prática estão sob a égide do poder familiar.

Além dessa ampliação no rol de agentes passíveis às punições penais pelo delito de abandono intelectual, torna-se relevante também buscar critérios mais eficientes e claros na forma dessa responsabilização dos sujeitos que negligenciam esse direito fundamental, seja expandindo a intensidade das penas previstas ou mesmo se utilizando de eventuais normas complementares mais efetivas, de modo a dar subsídios mais objetivos para a fiscalização e eventual punição dos entes familiares omissos a essas obrigações.

No tocante a essa fiscalização, percebeu-se a necessidade de reforçar a estrutura física, humana e até mesmo jurídica, dos órgãos responsáveis pela verificação e pelo controle das ações frente às ocorrências desse crime na sociedade, como por exemplo, as próprias instituições escolares e notadamente os Conselhos Tutelares, para que se alcance na prática a proteção integral aos direitos da criança e do adolescente com relação educação no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABNT. **Associação Brasileira de Normas Técnicas**. Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/>>. Acesso em 29 jun. 2019.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 04 mar. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 02 fev. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 12 jan. 2017.

_____. Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 17 fev. 2017.

_____. Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 23 abr. 2017.

_____. Ministério da Educação - INEP / DEEP. **Boletim do Censo Escolar n. 7 / 2017**. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/educacenso/documentos/2017/boletim_censo_escolar_n7_jul2017.pdf>. Acesso 18 mai. 2017.

_____. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos (SDH). **Cadastro Nacional dos Conselhos Tutelares: Histórico, Objetivos, Metodologia e Resultados / Andrei Suárez Dillon Soares (Org.)** – Brasília. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/criancas-e-adolescentes/publicacoes-2013/pdfs/cadastro-nacional-dos-conselhos-tutelares>>. Acesso 07 jun. 2017.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 189, de 2012**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105955>>. Acesso em junho de 2017.

RESENDE, Adriano. **A restrição da responsabilidade penal nos crimes de abandono intelectual da criança: uma questão séria e ignorada**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40876/a-restricao-da-responsabilidade-penal-nos-crimes-de-abandono-intelectual-da-crianca-uma-questao-seria-e-ignorada>>. Acesso em abril de 2017.

O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA E ADOLESCENTE E SEU DIREITO DE MANIFESTAÇÃO

Maria Dinair Acosta Gonçalves

Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul
Porto Alegre – Rio Grande do Sul

RESUMO: Dados coletados em audiências públicas de comissões de Poderes Legislativos municipais e estaduais noticiam que número expressivo de crianças e adolescentes são vítimas de violações de direitos por familiares biológicos. Aprofundada a investigação, constata-se que, além de sofrer violações físicas e psíquicas, pelos primeiros responsáveis por sua proteção e bem-estar, aqueles sujeitos de direito, em peculiar condição de desenvolvimento, com frequência são impedidos de buscar apoio e auxílio externo para suas dores. Avançando-se nas investigações, aparece que as violações de seus direitos são promovidas também pelo poder judiciário e pela defensoria pública. As violações de seus direitos constitucionais pelo poder judiciário se configuram quando o Conselho Tutelar apresenta vítimas de abandono, negligência ou violência sexual ao juiz da vara da infância e juventude do setor civil, e este, sem ouvi-las determina sua entrega a casas de acolhimento. Já a Defensoria Pública, instituição permanente e indispensável à função jurisdicional do Estado, incumbida da orientação jurídica e da defesa,

em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita se omite na prestação jurisdicional, e custos vulnerabilis, perante o Poder Judiciário. A fim de sanar tais mazelas, importa comunicar aos sujeitos que atuam no sistema jurídico de proteção da criança e adolescente reformem suas atuações.

PALAVRAS-CHAVE: violação de direitos humanos; direito de manifestação da criança e adolescente; Defensoria Pública; custos vulnerabilis.

THE RIGHT TO CHILD AND TEENAGER FAMILY LIVING AND ITS RIGHT TO MANIFESTATION

ABSTRACT: Data from public hearings of municipal and state legislative committees report that a significant number of children and adolescents are victims of rights violations by biological relatives. Further investigation, it is found that, in addition to suffering physical and mental violations, the first responsible for their protection and well-being, those subjects of law, in peculiar developmental condition, are often prevented from seeking support and external assistance for your pains. Moving forward in the investigations, it appears that violations of their rights are also promoted by the judiciary and the public defender. Violations of their constitutional rights by the judiciary arise when

the Guardianship Council presents victims of neglect, neglect or sexual violence to the civil and juvenile court judge, and the latter, without listening to them, determines their surrender to public shelters. The Public Defender's Office, a permanent institution that is indispensable to the judicial function of the State, is responsible for providing legal guidance and the defense before the judiciary, in all levels, judicial and extrajudicial, of individual and collective rights. In order to remedy such problems, it is important to communicate to the subjects who work in the legal system of protection of children and adolescents to reform their actions.

KEYWORDS: Human rights violation; right of manifestation of children and adolescents; custos vulnerabilis role of Public Defense.

1 | INTRODUÇÃO

O direito, em sua origem, foi concebido com o propósito de servir como instrumento gerador de equilíbrio nas relações sociais, de harmonizar a vida individual e coletiva, incluindo a vida de criança e adolescente. Tal entendimento está firmado na Constituição Federal brasileira, cabeça do sistema jurídico nacional, que tem por princípio fundamental a defesa da dignidade da pessoa humana. Cabe destacar que a criança e o adolescente vulneráveis, em idade cronológica de zero a dezoito anos, foram incluídos na Carta Magna de 1988, pela primeira vez na história do Brasil, em igualdade de direito com todos os demais sujeitos protegidos pela Lei Maior, tal como se lê em seu artigo 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, **à liberdade**, e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Grifamos.)

Se por um lado, o texto jurídico cria a possibilidade de se construírem relações sociais pacíficas e harmônicas, promovendo a formação de cidadania emancipatória de cada nascituro - afirmando seu pertencimento à sociedade, seu direito à convivência familiar e à liberdade de manifestação -, em sentido oposto, reiteradas violações dos direitos de criança e adolescente são consumadas por seus próprios familiares, e até mesmo pelo judiciário e pela Defensoria Pública, restando visível o elo causal entre agressões sofridas e comportamentos violentos, apáticos ou desinteressados por parte das vítimas entregues a instituições de atendimento, escolas e espaços públicos. Justifica-se, pois, noticiar amplamente tais ocorrências às autoridades e à sociedade em geral.

Contribuir com esse propósito é o objetivo principal deste artigo. Para tanto, este estudo irá, em primeiro lugar, caracterizar os maus-tratos infligidos a criança e adolescente por familiares desconhecedores de direitos e que impedem a vítima de

buscar auxílio externo. A seguir, tratará da privação do direito de manifestação própria de criança e adolescente em audiências nas varas da infância e juventude, onde seu destino é decidido ignorando-se seus desejos mais elementares. O passo seguinte será mostrar que, ao deixar de desempenhar o papel de *custos vulnerabilis* em casos que envolvem criança e adolescente privados de seus direitos, os defensores públicos incorrem em grave omissão na proteção judicial e extrajudicial dos direitos individuais e coletivos de sujeitos de direito em peculiar condição de desenvolvimento.

A metodologia utilizada foi a investigação documental - única permitida pelo judiciário brasileiro nessa temática. Para tanto, foram utilizados como fonte de informação, os documentos publicados no Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (site <https://www.cnj.jus.br/cnca/publico>), onde é possível averiguar que o poder judiciário mantém institucionalizadas, invisíveis para a sociedade, um número considerável de crianças e adolescentes.

2 I MAUS-TRATOS PRATICADOS POR DESCONHECIMENTO DE DIREITOS E IMPEDIMENTO DA BUSCA POR AUXÍLIO EXTERNO

A incapacidade dos adultos responsáveis pela proteção e defesa de direitos e interesses individuais e coletivos do sujeito, criança e adolescente, não fica cristalizada no tempo passado. Por um lado, o tempo confirma que o direito é dinâmico e, assim sendo, criança e adolescente deixaram há tempos de ser vistos como meros apêndices de suas famílias, onde parecia natural sofrerem restrições à manifestação de seus desejos, serem impedidas de participar nas decisões familiares, e, por fim, de buscar auxílio externo para suas dores físicas e psíquicas, causadas por abandono, negligência, maus-tratos e abuso sexual no seio do seu próprio núcleo familiar. Ainda, são freqüentes os casos de violação dos direitos humanos de sujeitos vulneráveis praticados, possivelmente devido a desconhecimento, por familiares biológicos - primeiros responsáveis pela proteção dos direitos e interesses individuais e coletivos de criança e adolescente. Os maus-tratos, abuso sexual, castigos físicos e psíquicos sofridos no âmbito de suas próprias famílias são agravados pelo recorrente impedimento de as vítimas buscarem o auxílio externo assegurado pela Lei Federal número 8.069/90.

Quando possível superar tal impedimento, recorre-se, via de regra, às instituições do sistema de justiça brasileiro no exercício de suas competências funcionais: o Poder Judiciário, o Ministério Público, o advogado ou o defensor público para, em conjunto, resolverem-se os conflitos familiares.

Nesse sentido, o fazer dessas instituições deveria objetivar, com prioridade absoluta, a sanção das violações dos direitos familiares, assegurando-se as garantias constitucionais e processuais às vítimas, tais como se lê na Carta Magna Brasileira de 1988, que reza: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

natureza, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país assegurando-lhes a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança (...).”

Entretanto, como se verá a seguir, em casos que envolvem vítimas criança e adolescente, tal preceito costuma não ser levado em consideração, em especial nas audiências das varas da infância e da juventude.

3 | PRIVAÇÃO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE SOBRE SUA VONTADE DE PERMANECER COM A MÃE OU FAMÍLIA EXTENSA

Os processos judiciais decorrentes de ameaça ou violação de direitos da Criança e do Adolescente têm peculiaridades, tais como: necessidade de avaliação social da família biológica ou extensa; avaliação de saúde física e psíquica dos sujeitos, com acompanhamento técnico multidisciplinar; temporalidade provisória de permanência em abrigos; acompanhamento de necessidades de atendimento especializado na área da saúde; preservação de frequência à escola; restrição a sua liberdade de ir e vir; inclusão em cursos de arte, música, lazer; direito a brincar, divertir-se, à convivência familiar; e comunitária e, por fim, mas não menos importante, direito a manifestação e expressão de seus desejos.

Entretanto, no âmbito de audiências em varas da infância e juventude, a costumeira prática o procedimento administrativo de **jurisdição voluntária**, acarreta falta de proteção jurídica integral à criança e ao adolescente, posto que, em lhes sendo negado o direito de manifestarem seus desejos e, conseqüentemente, de participarem da construção de sua cidadania emancipatória, são-lhes sumariamente negados seus direitos à liberdade, à ampla defesa e ao contraditório.

O procedimento administrativo de jurisdição voluntária, praticado nas varas da infância e da juventude, facilita a apreensão e a condução coercitiva de vulnerável a abrigos, configurando-se como tutela de direitos subjetivos e individuais. O procedimento da jurisdição voluntária data de uma época em que não existia contraditório nas relações administrativas e representa flagrante afronta ao devido processo legal na forma em que foi assegurado expressamente pela Constituição de 1988, no artigo 5º.

A jurisdição voluntária é uma atividade puramente administrativa em que não há ação nem partes, há somente “interessados”. As decisões ali emitidas não produzem coisa julgada material, apenas preclusão. O interessado “menor” é considerado incapaz, visto como objeto tutelado. Nesse procedimento, o juiz determina o afastamento da Criança e do Adolescente de sua família biológica e seu internamento compulsório em abrigos institucionais, por tempo indeterminado. Em verdade, tais medidas administrativas configuram-se como sanções disfarçadas de benesses que prometem proteção e recuperação da Criança e do Adolescente.

4 | OMISSÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM PRESTAR A PROTEÇÃO JURÍDICA DEVIDA AOS SUJEITOS DE DIREITOS, CRIANÇA E ADOLESCENTE VULNERÁVEIS

A violação dos direitos humanos de sujeitos vulneráveis praticados pela Defensoria Pública que, mesmo sendo constitucionalmente responsável pela proteção judicial e extrajudicial dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, omite-se ao não exigir do juiz de direito a intimação de defensor público que represente criança e adolescente, a fim de garantir às vítimas seu direito à liberdade de manifestação.

Em verdade, as formas jurídicas não se alteram automaticamente ao sabor de todas ou de qualquer alteração do poder político, social, cultural e civilizatório. O pensamento jurídico precisa atuar deliberadamente na direção de uma reorientação necessária e operatória para a sociedade, o Estado e o comportamento dos homens, alcançando-lhes decisões compatíveis com os fatos novos e os novos entendimentos (Maria Dinair, 202, pg. 46).

A situação de pobreza de criança e adolescente representa importante elemento de restrição da prestação jurisdicional. A veracidade das informações trazidas pela polícia, pelo Conselho Tutelar, pela escola, pela equipe técnica aos autos do devido processo legal exige a utilização de recursos adequados à instância superior, sempre que qualquer decisão seja desfavorável ao superior interesse da Criança e do Adolescente.

É nesse sentido que a Defensoria Pública faz-se “*essencial à função Jurisdicional do Estado (...) e à defesa em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal*”.

A Defensoria Pública, na área da infância e juventude, deve ter como linha condutora de suas ações legais a necessidade de ruptura ou de corte epistemológico com todos os conceitos históricos que construíram a figura do advogado tradicional, carregado de individualismo, enclausurado em seu saber e, apenas formalmente, próximo do sujeito representado.

O defensor público precisa atuar de forma compatível com as exigências do seu tempo, em vista de procedimentos arcaicos que ameaçam ou violam os direitos da Criança e do Adolescente na área do direito civil das varas da infância e juventude. Nesse sentido, é indispensável reconhecer as peculiaridades materiais e processuais essenciais que devem ser observadas, como já se apontou acima.

Acrescente-se à atuação da Defensoria Pública a responsabilidade de intervir em situações que exigem atuação de *custos vulnerabilis*. Enquanto o Ministério Público atua como *custos legis* (fiscal ou guardião da ordem jurídica), por ser “guardião dos

vulneráveis”, a Defensoria Pública deve atuar processualmente não apenas como representante da parte em juízo, mas, também, em especial no caso de vulneráveis, em nome próprio enquanto protetora dos interesses dos necessitados em geral.

Cabe esclarecer que, no pertinente ao papel da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* da criança e adolescente, a Lei Federal nº 8.069/90, assegura a intervenção em seu artigo 141: “É garantido o acesso de toda criança e adolescente à Defensoria Pública (...).”

Reforçando essa proteção legislativa brasileira, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, na qual o Brasil consta como signatário, está escrito:

12.1 - Os Estados signatários devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos a ela relacionados, e tais opiniões devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança.

12.2- Com tal propósito, proporcionar-se-á à criança, a oportunidade de participar e ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, seja diretamente, seja por intermédio de um representante (advogado próprio) ou outro profissional apropriado (profissionais da psicologia, psiquiatria) em conformidade com as regras processuais de legislação nacional.

Esses dispositivos contemplam a proteção especial ao cidadão vulnerável em termos de *prioridade absoluta* e inverte o enfoque da legislação anterior e revogada que priorizava o interesse e a vontade dos adultos.

5 | PROPOSIÇÕES PARA SUPERAÇÃO DAS VIOLAÇÕES APONTADAS

Pretendeu-se com este trabalho, demonstrar a necessidade de se promoverem urgentes mudanças nos comportamentos e atitudes dos responsáveis pela condução dos processos judiciais envolvendo criança e adolescente, sob pena de se perpetuarem práticas que realimentam as cadeias de violação a que estão cotidianamente submetidas crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade.

Na medida em que resta explícita a urgência de uma reformulação das ações dos sujeitos atuantes na área dos direitos da criança e adolescente falta, no contexto da sociedade civil organizada, difundirem-se as informações disponíveis a respeito das formas e a frequência das violações de direitos humanos de sujeitos vulneráveis pela família biológica, e aprofundar o conhecimento do marco legislativo trazido pela Carta Magna de 1988, que prioriza o melhor interesse de criança e adolescente, seu direito de manifestação, de opinião e de participação na construção de sua cidadania emancipatória.

Impõe-se, nesse mesmo sentido, ao judiciário a necessidade premente de os

juízes de direito abandonarem o procedimento administrativo de jurisdição voluntária, caracterizado pela ausência de proteção jurídica, configurada pela ausência de advogado próprio, ou defensor público, de criança e adolescente. Não sendo revogada, a manutenção desta prática historicamente superada continuará privando as vítimas do seu direito de manifestação, acabando inapelavelmente tais sujeitos sendo entregues a casas de acolhimento, onde, invisíveis aos olhos da sociedade, podem alcançar a maioridade. Enquanto sobre o poder público, em sua totalidade, recai a responsabilidade de atender às necessidades das famílias biológicas em estado de vulnerabilidade, ao judiciário, em particular, cabe substituir o procedimento administrativo da jurisdição voluntária pelo devido processo legal, como exigência para se esclarecer a verdadeira situação de cada criança e de cada adolescente no seio de suas famílias e comunidades, permitindo que se produzam o contraditório e a ampla defesa em seus julgamentos.

Por seu turno, cabe à Defensoria Pública exigir, perante o judiciário, o reconhecimento, em todos os graus, do seu papel de proteção e defesa dos necessitados na relação jurídica, a fim de se garantir e resguardar a igualdade entre as partes nos processos judiciais.

6 | CONCLUSÃO

A negação de assistência financeira, social e psicológica às famílias em vulnerabilidade, apontadas, nas demandas judiciais que tramitam no setor civil das varas da infância e juventude, como sendo as principais causas por maus-tratos de seus filhos, expõe nitidamente o descaso com que o Estado encara as extremas diferenças sociais brasileiras, revelando uma verdadeira cadeia de violações dos direitos humanos.

Inadmissível que, em plena vigência de um sistema de justiça democrático - que tem em seu centro o princípio da dignidade da pessoa humana e da defesa de direitos e garantias constitucionais - crianças e adolescentes permaneçam privados de liberdade de expressão e da proteção jurídica que a lei lhes assegura, ainda mais quando tais sujeitos são titulares do direito a proteção integral, em **prioridade absoluta** e, como sujeitos de direito, são detentores do direito a representação de defensor público em seu papel incontornável de *custos vulnerabilis*.

O acompanhamento, por defensor público, da vida de criança e adolescente, enquanto em abrigos, ou no convívio com sua família biológica, representa importante elemento de controle da prestação jurisdicional, e garantia de veracidade de informações trazidas aos autos pela polícia, pelo Conselho Tutelar, pela escola, pela equipe técnica multidisciplinar de atendimento, permitindo à Defensoria Pública recorrer à instância superior sempre que qualquer nova decisão seja desfavorável ao superior interesse de criança e adolescente ou que viole seus direitos e garantias

constitucionais.

No percurso de cessação das violações dos direitos humanos e da dignidade de pessoas humanas em peculiar condição de desenvolvimento, imperativas a re-significação da convivência familiar, a intervenção defensoral, não apenas como representante da parte, mas também na posição de *custos vulnerabilis* - mesmo em casos nos quais não há vulnerabilidade econômica, mas, sim, vulnerabilidade social, técnica, informacional e jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009.** Alteradispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.

_____. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **Lei Federal, nº 8.069/1990** e alterações posteriores Estatuto da Criança e Adolescente.

Didier Júnior, Fredie et al (Coord.). **Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC).** Enunciados. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<http://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPCCarta-De-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. **Proteção Integral: Paradigma Multidisciplinar do Direito Pós-Moderno.** Porto Alegre RS, Ed. Alcance, 2002.

Maia, Maurílio Casas. **Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto Magistratura Postulante e Custos Vulnerabilis.** In Revista Jurídica Consulex - Ano XVIII - nº 425 – Outubro/2014, p. 59-5 STF - ADI n. 3943-STF e EREsp n. 1192577.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais.** Revista de informação legislativa, v. 29, n. 116, 30 out./dez. 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/22>>. Acesso em 02 de agosto 2019.

Tartuce, Fernanda. **Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ONU. Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Resolução 44/25 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.

A EFETIVIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE AO FORNECIMENTO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS PARA MENORES

Pablo Martins Bernardi Coelho

Universidade do Estado de Minas Gerais –
UEMG/Frutal

Departamento de Ciências Sociais Aplicadas -
Curso de Direito

Tamires Eduarda Santos

Graduanda em Direito na Universidade do Estado
de Minas Gerais – UEMG/Frutal

RESUMO: O presente artigo tem como intuito analisar e enfatizar a iminente importância acerca da efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente frente ao fornecimento de bebidas alcoólicas para os menores de 18 anos. Dessa forma, teceremos reflexões em torno da proibição e das sanções relativas ao fornecimento de bebida alcoólica para menores, como também, as consequências negativas que a falta da efetividade da lei traz para a sociedade, em especial os adolescentes. A metodologia do presente trabalho fundamenta-se na pesquisa bibliográfica e documental (doutrinas, artigos, jurisprudências, etc.) e numa abordagem qualitativa sobre a questão latente do direito ligado à proteção da criança e do adolescente. Concluímos que apesar de uma farta legislação vigente no país no que diz respeito à proibição do fornecimento de bebidas alcoólicas a crianças e adolescentes a sua eficácia encontra barreiras

principalmente na cultura da própria sociedade dificultando o combate aos males que pode ocasionar a ingestão de bebida alcoólica.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescentes; consumo de bebida alcoólica; ECA.

THE EFFECTIVENESS OF THE CHILD AND ADOLESCENT STATUTE REGARDING THE PROVISION OF ALCOHOLIC BEVERAGES FOR MINORS

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze and emphasize the imminent importance of the effectiveness of the Child and Adolescent Statute in relation to the provision of alcoholic beverages for those under 18 years of age. In this way, we will reflect on the prohibition and sanctions related to the supply of alcoholic beverages for minors, as well as the negative consequences that the lack of effectiveness of the law brings to society, especially adolescents. The methodology of this paper is based on bibliographic and documentary research (doctrines, articles, jurisprudence, etc.) and a qualitative approach on the latent issue of the law related to the protection of children and adolescents. We conclude that despite the fact that a lot of legislation in force in the country regarding the prohibition of the supply of alcoholic beverages to children and adolescents, its effectiveness finds barriers mainly in the culture of the society itself, making

it difficult to combat the ills that can lead to the ingestion of alcoholic beverage.

KEYWORDS: Adolescents; consumption of alcoholic beverage; ECA

1 | DOS DISPOSITIVOS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro as crianças e os adolescentes são considerados indivíduos vulneráveis, sendo que em harmonia com o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), considera-se criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Para Peixoto (2011), esses indivíduos são “seres em pleno desenvolvimento mental, psicológico e físico, além de ser o futuro de qualquer país, devendo ser socorridas, com prioridade, por seus direitos e garantias a todo o momento”, necessitando, portanto, de maior amparo legal e acolhimento especial, devendo ser protegidos por toda a sociedade e pelo Estado. Nessa seara a Constituição Federal brasileira expressa:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em consonância, visto a necessidade de acolhimento e atenção especial a essa parcela da população, e de maneira a tapar possíveis lacunas da Constituição a respeito da temática, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para enfatizar e efetivar os direitos dos mesmos.

Assim, nesse adendo, foi importante abranger e normatizar a proibição do fornecimento de bebidas alcoólicas por crianças e adolescentes para a garantia da proteção, proibindo o fornecimento como forma de retardo do contato com o álcool, conforme os artigos 81 e 243 do dispositivo:

Art. 81 - É proibida a venda à criança ou ao adolescente de:

[...]

II - bebidas alcoólicas;

[...]

Art. 243 - Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

A lei prevê ainda sanções específicas no que se refere aos estabelecimentos que descumprirem a norma imposta como medida de proteção às crianças e aos

adolescentes:

Art. 258-C. - Descumprir a proibição estabelecida no inciso II do art. 81:

Pena - multa de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

Medida Administrativa - interdição do estabelecimento comercial até o recolhimento da multa aplicada.

Desse modo, reforçando o princípio que consta na Carta magna, o ECA ainda dispõe em seu artigo 70: “ é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”.

Complementarmente, o legislador levou em consideração, no ECA, o cuidado e a adequação dos meios de acesso à informação e propagandas destinadas a essa comunidade de menores, regulando a informação publicitária que chega a essa comunidade para que haja adequação ao conteúdo para o tipo de público, pois uma propaganda de bebida alcoólica em uma revista infantil, por exemplo, estaria fora do contexto, indo contrariamente a lei. Assim o artigo 79 do dispositivo supracitado dispõe:

Art. 79 - As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Destarte, percebe-se que o Brasil é abastoso em dispositivos normativos acerca do respectivo assunto. Entretanto, essas normas não possuem a devida eficácia, motivo pelo qual se deu o presente estudo.

Em consonância, tal temática esteve presente no Tribunal de Justiça de Rondônia (RO):

Ementa: FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR DE 18 ANOS. Conjunto probatório frágil. Reconhecimento. Comprovado que as acusadas submeteram adolescentes à prostituição, com o fim de obter vantagem econômica, não há falar-se em absolvição por ausência de provas. Revelando-se frágil o conjunto probatório em relação ao delito de fornecimento de bebida alcoólica para menor de 18 anos, cabível a absolvição. Parcial provimento do recurso. TJ-RO - Apelação APL 00014336720128220701 RO 0001433-67.2012.822.0701 (TJ-RO).

Por um lado todas as pessoas são responsáveis pelo cuidado com as crianças e com os adolescentes do país, onde as normas, o Estado e a sociedade em geral devem contribuir harmonicamente para que essa garantia de direitos aconteça efetivamente. Por outro, o incentivo ao consumo de bebidas alcoólicas precocemente tornou-se algo cultural, onde a sociedade é permissiva e incentivadora do consumo das bebidas logo no início da adolescência, não enxergando malefício algum no consumo precoce, tratando como uma ação totalmente normal e habitual.

2 | DOS EFEITOS DO ÁLCOOL INGERIDO PRECOCEMENTE

Em prosseguimento, a adolescência é um intervalo de tempo vivido pelo ser humano iniciando-se a partir dos 12 anos e vai até aproximadamente o final da segunda década de vida (PALACIOS, 2002, p. 263), sendo um período de transição enfrentado pelo ser humano, antecedendo à vida adulta. É uma fase de descobertas na qual os adolescentes vivenciam mudanças biológicas, cognitivas, sociais e psicológicas.

Desse modo, o corpo encontra-se em processo de amadurecimento e formação final. Do ponto de vista biológico o adolescente enfrenta a chamada puberdade, ocorrendo o desenvolvimento das capacidades cognitivas e se depara com mudanças no aspecto físico-hormonais, levando à maturidade sexual.

Já se tratando dos aspectos comportamentais, sociais e psicológicos, é justamente nesta fase que surge a necessidade de se identificar com um grupo, o desejo por mostrar autonomia e a busca desenfreada por novas experiências e o máximo de diversão. Nesse sentido, o consumo do álcool surge precocemente na vida do adolescente como forma de potencializar a diversão e permitir uma fuga da realidade temporária.

Individualmente, tanto nos adolescentes quanto nos adultos, o consumo de álcool em excesso causa efeitos psicoativos, alterando a consciência e podendo provocar, por exemplo, acidentes de trânsito, doenças crônicas, dependência, gerar graves efeitos à convivência familiar e prejudicar os desenvolvimento no trabalho e nos estudos do indivíduo consumidor.

É importante ressaltar que o principal fator para a problemática é a alta ingestão das bebidas alcoólicas pelos menores de idade, ou seja, no que se refere à forma de beber. Partindo desse pressuposto, nos Estados Unidos, estudos apontam que 90% do álcool consumido por adolescentes ocorrem na forma abusiva (BREWER; SWAHN, 2005) o que não é diferente no Brasil.

Desse modo, uma pesquisa (FARIAS JR; LOPES, 2004) realizada em adolescentes do município de Florianópolis/SC, constatou que o consumo de bebidas alcoólicas por menores foi elevado principalmente para uso pesado (expressão utilizada pelo autor, citado acima, para referir-se ao consumo de bebidas alcoólicas em excesso), sendo mais expressivo nos rapazes (28,8%) do que nas garotas (19,2%).

Somado aos possíveis efeitos já mencionados, tem-se também os comportamentos sexuais e condutas de alto risco, associando-se a não preservação da saúde e segurança, visto que se refere a atitudes que certamente se o adolescente estivesse sóbrio não cometeria, aumentando sua vulnerabilidade significativamente.

Neste viés, de acordo com pesquisa realizada (CRUZEIRO; et al, 2010) com 960 adolescentes de idades entre 15 e 18 anos da zona urbana do município de Pelotas/RS, foi observado que dos adolescentes entrevistados, 53,4% já haviam tido sua primeira relação sexual. Dessa porcentagem, 10,7% relataram ter ingerido bebida alcoólica na última relação sexual, onde apenas pouco mais da metade alegaram ter

sempre usado preservativo nas relações. Com isso, claramente é observado o risco a que esses indivíduos se submetem, possibilitando assim, uma gravidez indesejada e o risco de contaminação por doenças sexualmente transmissíveis.

Além disso, em 2001, a Secretaria Municipal da Saúde do Rio de Janeiro constatou o caso de uma adolescente de 13 anos que engravidou e contraiu o vírus HIV através de uma prática preocupante registrada nas regiões periféricas da cidade do Rio de Janeiro, onde nos bailes funks, adolescentes alcoolizados, de ambos os sexos, praticam uma nova modalidade da conhecida brincadeira de criança “dança das cadeiras”, ganhando uma nova versão, nomeada “dança das cadeiras proibidona”, onde é bem parecida com a versão original. As meninas dançam sem calcinha em volta dos meninos enquanto a música toca, e quando ela pausa, ao invés das mesmas se sentarem nas cadeiras, como na brincadeira tradicional, as garotas praticam ato sexual sentando no menino que estiver em sua frente ao toque pausado da música, independentemente de quem ele for. Feito isso, a música segue e a “brincadeira” continua até que se obtenha um vencedor. Segundo as regras, os meninos vão saindo da roda conforme ejaculam e, quem gozar por último é o vencedor. Sendo, portanto, uma prática extremamente perigosa, colocando esses adolescentes em altos riscos de transmissão de doenças e gravidez indesejada.

Em continuidade, outro exemplo de vulnerabilidade pelos adolescentes alcoolizados diz respeito ao sexo feminino especificamente. Constantemente as adolescentes sofrem assédio por verificar-se estar sob efeito do álcool, aumentando inclusive as chances de abuso sexual, ficando assim, a mercê de situações de perigo à saúde e a segurança.

Nesse sentido, o Instituto Avon/Data Popular realizou um levantamento ouvindo um total de 1.823 estudantes de graduação e pós-graduação de todo o país. Na pesquisa foram tratadas questões acerca da violência contra a mulher no ambiente universitário, onde 27% dos estudantes entrevistados não consideram violência abusar de garotas bêbadas.

Ocorre que tão fato é preocupante e inadmissível um percentual tão alto de indivíduos que não consideram uma forma de violência abusar de garotas alcoolizadas.

A sociedade não pode permanecer inerte a fatos como este e é primordial adotar medidas a fim de manter os vulneráveis protegidos.

Desse modo, é necessário ressaltar a importância de efetivamente tornar a lei eficaz. As crianças e adolescentes possuem direito à proteção e a lei não deve passar apenas de um papel. Os estabelecimentos comerciais que vendem esse tipo de bebida devem ser fiscalizados constantemente e as sanções previstas nos artigos 258-C e 243 do ECA devem obrigatoriamente ser aplicadas como medida de garantia de direitos a esses indivíduos menores que se encontram em processo de formação.

3 | O FORNECIMENTO DE BEBIDAS ALCÓOLICAS AOS MENORES: A RELAÇÃO DA LEGISLAÇÃO EM CONFLITO COM O CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO

Mesmo havendo inúmeros dispositivos claros em relação às formas de incentivo ao consumo de bebidas alcoólicas por crianças e adolescentes e sua proibição, a sociedade em geral insiste em ignorar quase totalmente estas normas.

Se tratando dos aspectos históricos do alcoolismo, na maioria dos países ocidentais o consumo de álcool na fase adulta é quase como uma regra, como acontece no Brasil, onde o seu consumo é anterior à colonização. Manteve-se, como meio de intercâmbio social, de comunicação e lazer (DAVID, 2014, p. 25). E, mesmo sendo uma substância psicoativa que provoca alterações no estado mental, podendo gerar dependência e causar doenças físicas e mentais, o consumo, sua produção e comercialização é lícita para os maiores de 18 anos.

Já o fornecimento de bebidas alcoólicas a menores de 18 anos é considerado crime conforme exposto anteriormente. Entretanto, é considerado pela sociedade como uma substância inofensiva, propiciando a ideia de ser algo comum o consumo pelos menores, indo na contramão das normas jurídicas.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é dado:

Decisão: CRIME DE ESTUPRO TENTADO E FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCÓOLICA PARA MENOR. SENTENÇA CONDENATÓRIA....II - A contravenção penal de fornecer bebida alcoólica para menor, própria, tem como sujeito ativo o... VÍTIMAS MENORES DE DEZOITO ANOS. PRETENSAO DE ABSOLVIÇÃO.

STJ - Decisão Monocrática. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 1223347 GO 2017/0327021-4.

Ainda nesse sentido, os Tribunais dos Estados de Minas Gerais (MG) e Rio Grande do Sul (RS) dispõem respectivamente:

TJ-MG - Apelação Cível AC 10183150086225001 MG (TJ-MG) Data de publicação: 04/04/2018 Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AUTO DE INFRAÇÃO - VENDA DE BEBIDA ALCÓOLICA A MENORES EM FESTA - ART. 81 C/C 258-C DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA EM LEI - SENTENÇA MANTIDA. - Configurada a infração disciplinar, prevista no art. 258-C, da Lei nº 8.090 /90, com a venda de bebida alcóolica a menores, é devida a aplicação de multa, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade - A venda de ingressos ou a cobrança de valores a qualquer título para posterior fornecimento de bebidas alcóolicas no momento do evento pode ser considerada venda, pois nada mais é do que uma compra antecipada.

04/04/2018 - 4/4/2018 Apelação Cível AC 10183150086225001 MG (TJ-MG) Wilson Benevides.

TJ-RS - Apelação Crime ACR 70076160985 RS (TJ-RS) Data de publicação: 07/05/2018 Ementa: VENDA DE BEBIDA ALCÓOLICA A MENOR DE 18 ANOS. ART. 243 , DA LEI N. 8.069 /90. EXISTÊNCIA DO FATO E AUTORIA. A existência e autoria do fato estão comprovadas. Do contexto probatório se extrai que a ré, proprietária de um mini-mercado, vendeu bebida alcoólica a adolescente que contava com 12 anos de idade à época do fato. O tipo penal sob análise não exige

nada além da presença de um dos verbos vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar para sua consumação, ou seja, não é necessário dolo em promover ou incentivar o consumo de bebidas alcoólicas. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Nada a alterar, uma vez que fixada no mínimo legal. PENA DE MULTA. Reduzido o número de dias-multa fixado, uma vez que não foram apontadas circunstâncias judiciais negativas à ré, bem como mantida a pena privativa de liberdade no mínimo legal. PENAS SUBSTITUTIVAS. Substituição por duas penas restritivas de direitos, quais sejam a prestação de serviços à comunidade e pecuniária. Remanejado o valor da prestação pecuniária para o valor de 01 salário mínimo vigente à época do fato. APELO DEFENSIVO PROVIDO, EM PARTE. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70076160985, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em... 19/04/2018).

Sétima Câmara Criminal Diário da Justiça do dia 07/05/2018 - 7/5/2018 Apelação Crime ACR 70076160985 RS (TJ-RS) Ivan Leomar Bruxel.

Por conseguinte, o consumo de álcool por adolescentes é uma temática controversa no aspecto social do país, pois ao mesmo tempo em que a legislação proíbe tal prática, o contexto social em que o adolescente está inserido o incentiva a consumir.

Com esta ideia, ocorre um estímulo social ao consumo do álcool por menores e não se têm o controle do consumo. A própria família, na maioria das vezes, permite o consumo de bebidas alcoólicas precocemente em suas residências, com a falácia de que “não existe risco algum no consumo em casa com eles”, não cumprindo assim, com o dever de proteção e cometendo infrações consideradas crime. Nesse sentido também ocorre o incentivo por meio dos amigos e colegas em momentos de descontração, onde a bebida é utilizada como sinônimo ou garantia da diversão, indo mais uma vez contra os princípios normativos regentes do país. Têm-se ainda os estabelecimentos comerciais que vendem a bebida ao adolescente mesmo tendo conhecimento da proibição, de forma a visar prioritariamente o lucro, sendo dificilmente constatadas negativas de venda da bebida a menores vindas exclusivamente de um posicionamento pessoal do vendedor.

Com base na metodologia desenvolvida pelo Pacific Institute for Research and Evaluation ("purchase surveys") (GRUBE; STEWART, 1999) o Departamento de Psiquiatria da Universidade Federal de São Paulo realizou um estudo e apuramento referente à compra de bebidas alcoólicas por menores no município de Paulínia/SP. Foi procedida a pesquisa em 108 pontos de venda, onde 10 adolescentes com idades entre 13 e 17 anos (aparentando ter suas idades reais) fizeram a tentativa de compra de bebidas alcoólicas nos respectivos estabelecimentos, não mentindo a idade, nem negando que era para consumo próprio. Como resultado, os adolescentes conseguiram obter sucesso e comprar bebida alcoólica em 85,2% desses estabelecimentos.

Essa postura dos vendedores encontra-se interligada às normas culturais da sociedade, por isso se sustenta, ou seja, é nítido que ocorre a aceitação do consumo de bebidas alcoólicas por adolescentes, desse modo, até a fiscalização tornou-se inexistente, indo na contramão dos princípios constitucionais.

Uma pesquisa realizada pelo CEBRID - Centro Brasileiro de Informações sobre

Drogas Psicotrópicas, em 2010, mostrou que a idade média do primeiro consumo do álcool é aos 13 anos. Foram entrevistados 50.890 crianças e jovens de 10 a 19 anos de idade, dos quais 60,5% informaram já ter feito uso na vida de álcool. Sendo que 42,4% relataram ter feito o uso no ano da pesquisa; 21,1% uso no mês; 2,7% declaram o uso frequente e 1,6% disseram fazer o uso pesado.

A ampla disponibilidade, o preço baixo e a facilidade de obtenção da bebida alcoólica, inclusive por menores de idade, é notável, fatores estes relevantes para o resultado mostrado na pesquisa do CEBRID. Os dados são alarmantes e comprovam a falta de fiscalização do Estado, que não cumpre seu papel, sendo o também responsável pelo incentivo ao consumo e pela falta de efetividade das normativas referentes à temática trazida.

Desse modo, é possível perceber que a efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente, em sua maioria, não acontece. A fiscalização dos estabelecimentos não ocorre e os fornecedores do álcool sem visão de lucro, ou seja, os pais, amigos e colegas dos adolescentes que oferecem a bebida a eles não são punidos. Conseqüentemente, a obtenção de bebida alcoólica pelos menores é extremamente fácil, por negligência do Estado e da sociedade, o que gera a problemática social demonstrada.

Como é difícil identificar todos os fatores dos quais predispõem a maneira precoce da ingestão da bebida, a forma que mais garante a eficácia da legislação é a fiscalização real/eficiente e frequente, principalmente dos estabelecimentos comerciais que fazem a venda desse tipo de bebida.

É de responsabilidade do Estado a fiscalização dos estabelecimentos comerciais que vendem esse tipo de bebida para conferir se estão em concordância com a norma, e caso descumprir, aplicar-se as sanções necessárias. É importante também criar mecanismos de “educação do álcool” nas escolas para os alunos do Ensino Fundamental e Ensino Médio, onde deverá haver palestras e debates referentes ao uso precoce de bebidas alcoólicas, tirando as dúvidas e trazendo informações para os alunos acerca do assunto.

Outra medida relevante no combate ao uso precoce do álcool é a proibição da venda de bebida alcóolica nos comércios próximos a escolas de Ensino Fundamental e Ensino Médio, como por exemplo, bares, lojas de conveniência, minimercados, quitandas, e ademais no período em que as mesmas se encontrarem com alunos. Medidas estas que demandam investimento financeiro baixo do poder público, mas visando o combate ao fornecimento de bebidas alcoólicas para os menores notável, atendendo aos princípios da Constituição e do ECA.

Em conclusão, o consumo de bebidas alcoólicas precocemente traz inúmeros malefícios à saúde do adolescente e para a sociedade em geral. Percebe-se uma farta legislação vigente no país no que diz respeito à proibição do fornecimento de bebidas alcoólicas a crianças e adolescentes, ou seja, o Legislativo trabalhou para formular as normas e implantá-las, entretanto, a eficácia da mesma encontra barreiras

principalmente na cultura da própria sociedade, dificultando sua eficácia.

Por fim, é necessário que haja harmonia entre o Estado, a sociedade e as normas para que a proteção aos menores seja efetiva, pois estas quando ineficientes fazem com que os direitos e deveres constitucionais não sejam exercidos, onde as crianças e os adolescentes encontram-se desprotegidos, ficando a mercê de situações de perigo em razão da negligência da sociedade e do Estado que descumprem com os seus papéis.

REFERÊNCIAS

ACSEBRAD, Gilberta; ALACON, Sérgio; DAVID, Helena Leal; KARAN, Maria Lucia. **O Consumo do Álcool no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Séries Cadernos FLACSO, 2014. 99 p. v. 12. Disponível em: <<http://flacso.redelivre.org.br/files/2015/03/58N12-GilbertaAcserlrad.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. São Paulo: Saraiva, 2017.

Brewer RD, Swahn MH. Binge drinking and violence. JAMA. 2005; 294:616-8.

CEBRID; SENAD. **VI Levantamento Nacional sobre Consumo de Drogas Psicotrópicas entre Estudantes de Ensino Fundamental e Médio das Redes Pública e Privada de Ensino nas 27 Capitais Brasileiras**. Brasília- DF, n. 1, p.12-24, 2010. Disponível em < <http://www.cebrid.com.br/wp-content/uploads/2012/10/VI-Levantamento-Nacional-sobre-o-Consumo-de-Drogas-Psicotr%C3%B3picas-entre-Estudantes-do-Ensino-Fundamental-e-M%C3%A9dio-das-Redes-P%C3%ABblica-e-Privada-de-Ensino-nas-27-Capitais-Brasileiras.pdf> > Acessado em 23 de jul. de 2018.

CRUZEIRO, A. L. S. et al. **Comportamento sexual de risco: fatores associados ao número de parceiros sexuais e ao uso de preservativo em adolescentes**. Universidade Católica de Pelotas, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas- RS, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232010000700023&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em: 12 nov. 2018.

DUAILIBI, Sérgio; LARANJEIRA, Ronaldo. **Políticas Públicas relacionadas às Bebidas Alcoólicas: Unidade de Pesquisa em Álcool e outras Drogas**. Departamento de Psiquiatria. Universidade Federal de São Paulo. São Paulo, SP, Brasil. 2007. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/rsp/2007.v41n5/839-848/pt/>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

FARIAS JR., J. C., LOPES, A. S. **Comportamentos de risco relacionados à saúde em adolescentes**. R. bras. Ci e Mov. 2004; 12(1): 7-12. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Desktop/535-1734-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2018. JUSBRASIL. Jurisprudência. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=FORNECIMENTO+DE+BEBIDA+ALCO%93LICA+PARA+MENOR&p=2> > Acesso em: 23 nov. 2018.

LOPES, Laís Zanini. **Juventude x Alcoolismo**. UNIBAVE, Orleans, 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,juventude-x-alcoolismo,38202.html>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

MENDES, Moacyr Pereira. **A proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?** 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/prote%C3%A7%C3%A3o-integral-da-crian%C3%A7a-e-do-adolescente-novidade-ut%C3%B3pica-ou-realidade-esquecida>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

OLIVEIRA, Amanda; OTTO, Isabella. **Dança das cadeiras sexual e o surto de mães adolescentes nas periferias**. Revista Abril, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://capricho.abril.com.br/vida-real/danca-das-cadeiras-sexual-e-o-surto-de-maes-adolescentes-nas-periferias/> Acesso em: 17 jul. 2019.

PALACIOS, Jésus. O Que é a Adolescência: A adolescência como fenômeno recente. In: COLI, César; PALACIOS, Jésus; MARCHESI, Alvaro. **Desenvolvimento Psicológico e Educação**, 2002. cap. 20, p. 263-264. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/29562/mod_resource/content/1/O_que_e_adolescencia.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2018.

PAPALIA, Diane E.; FELDMAN, Ruth Duskin; MARTORELL, Gabriela. **Desenvolvimento Humano: Desenvolvimento físico e cognitivo na adolescência**. 12 a. ed. São Paulo: AMGH, 2013. cap. 11, p. 384-392. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=I6Y5AgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA5&dq=desenvolvimento+do+adolescente+fases&ots=7BkKghKYrZ&sig=k00pKMUhRc2PHU5Xf8F0UZLOvsg#v=onepage&q=desenvolvimento%20do%20adolescente%20fases&f=false>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

PECHANSKY, Flávio; SZOBOT, Claudia Maciel; SCIVOLETTO, Sandra. **Uso do Álcool entre Adolescentes: conceitos, características epidemiológicas e fatores etiopatogênicos**. Rev. Bras Psiquiatr, [S.l.], v. 26, n. 1, p. 14-17. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/0D/rbp/v26s1/a05v26s1.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

PEIXOTO, Anderson Soares. **Direito da Criança e do Adolescente no contexto histórico brasileiro: As medidas socioeducativas como nova política de segurança pública e a importância da semiliberdade para a ressocialização**. Virtú: Direito e Humanismo, Brasília, v. 4, n. 1, p. 42-42, dez. 2011. Disponível em: <http://revistaeletronica1.hospedagemdesites.ws/revista-eletronica-virtu/pasta_upload/artigos/a11.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018.

ROMANO, Marcos et al. **Pesquisa de compra de bebidas alcoólicas por adolescentes em duas cidades do Estado de São Paulo**. Universidade Federal de São Paulo, Paulínia, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89102007000400001&script=sci_arttext&tling=en>. Acesso em: 23 nov. 2018.

Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro: Portal online. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/web/guest/home;jsessionid=E0A4D2FA24E618554B7230D0957FB8B5.liferay-inst4>. Acesso em 17 jun. 2019.

VIEIRA, Denise Leite; RIBEIRO, Marcelo; ROMANO, Marcos; LARANJEIRA, Ronaldo. Álcool e adolescentes: estudo para **implementar políticas municipais**. Revista Saúde Pública. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89102007000300011&script=sci_arttext&tling=en>. Acesso em: 20 ago. 2018.

APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO AOS ADOLESCENTES E JOVENS AUTORES DE ATO INFRACIONAL NO MUNICÍPIO DE SERRA-ES

Maria José Coelho dos Santos

Escola Superior de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória – EMESCAM-ES – Bolsista CAPES/Brasil

Eliaidina Wagna Oliveira da Silva

Escola Superior de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória – EMESCAM-ES

Dora Susane Fachetti Miotto

Escola Superior de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória – EMESCAM-ES

Marcelo da Fonseca Ferreira da Silva

Escola Superior de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória – EMESCAM-ES

Marcelo Plotegher Campinhos

Escola Superior de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória – EMESCAM-ES

César Albenes de Mendonça Cruz

Escola Superior de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória – EMESCAM-ES

RESUMO: O presente estudo volta-se para a análise das medidas socioeducativas em meio aberto previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como sua aplicabilidade. As medidas socioeducativas possuem finalidades pedagógica-educativa e levam em consideração a vulnerabilidade do público a qual se destina. O estudo tem como objetivo trazer algumas reflexões sobre o ECRID, o ato infracional, medidas socioeducativas e o SINASE como instrumento jurídico-político para concretização

dos direitos dos adolescentes autores de ato infracional.

PALAVRAS-CHAVE: ECRID. SINASE. Medida Socioeducativa. Criança e Adolescente. Ato Infracional.

APPLICATION OF SOCIAL EDUCATIONAL MEASURES OPEN TO TEENAGERS AND YOUTH AUTHORS OF INFRINGEMENT ACTS IN A MUNICIPALITY OF SERRA-ES

ABSTRACT: The present study turns to the analysis of the socio-educational measures in open means provided for in the Statute of the Child and the Adolescent, as well as its applicability. Socio-educational measures have pedagogical-educational purposes and take into account the vulnerability of the target audience. The study aims to bring some reflections on ECRID, the infraction, socio-educational measures and SINASE as a legal-political instrument for the realization of the rights of adolescents who are the authors of an infraction.

KEYWORDS: ECRID. SINASE. Socio-educational Measure. Child and teenager. Infringement Act.

1 | INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende focar o Serviço de Proteção Social aos adolescentes

e jovens autores de ato infracional em cumprimento de Medida Socioeducativa em Meio Aberto – LA e PSC no município de Serra-ES.

Esta complexa realidade social transforma este segmento de adolescentes e de jovens, que convivem com as mais diversas vulnerabilidades, apresentam-se como objeto de medidas sancionatórias e discriminatórias por parte do Estado. O envolvimento do adolescente com o ato infracional, ao mesmo tempo em que evidencia sua invisibilidade no cenário das políticas públicas o torna socialmente desvalorizado (TEJADAS, 2008).

As Crianças e adolescentes foram alçados ao patamar de sujeitos de direitos a partir da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir da Lei nº 8.069/90 sob a égide da doutrina da proteção integral, conjunto de princípios que tem por objetivo fundamental a garantia de direitos da criança e do adolescente e aprofunda as normas constitucionais do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, rompendo com a ideologia de um passado de controle e exclusão social (TEJADAS, 2008).

Tendo em vista a necessidade de sistematização do atendimento ao adolescente em conflito com a lei, dezesseis anos após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi instituído o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, por meio da Resolução nº 119/2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – (CONANDA) (PRADO, 2014).

A questão da operacionalização da medida socioeducativa em meio aberto no município de Serra-ES, **é executado pelo** Programa de Liberdade Assistida Comunitária “Casa Sol Nascente”, pela parceria Entidade Rede de Atendimento Integral à Criança e ao Adolescente - Rede AICA e município, e tem por finalidade prover atenção socioassistencial e acompanhamento a adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto, determinadas judicialmente pela Segunda Vara da Infância e Juventude.

As medidas socioeducativas de meio aberto têm, em torno de si, a expectativa social de que, quando bem executadas pelos programas, podem se constituir em experiências significativas para os adolescentes e jovens, capazes de alterar suas trajetórias de vida e, portanto, prevenir a reincidência e evitar as medidas mais severas como a internação.

2 | DIREITOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE NO BRASIL

Devido a inúmeras reformas políticas, econômicas e culturais que marcaram o ocidente no século XIX, a concepção de infância adquire novo sentido social, onde a “criança deixa de ser objeto de interesse, preocupação e ação no âmbito privado da família e da Igreja para tornar-se uma questão de cunho social, de competência administrativa do Estado” (RIZZINI, 2011, p. 23).

As políticas destinadas às crianças pobres apresentavam diferenciação em

relação à àquelas políticas que se destinavam aos filhos da classe dominante. Estes recebiam educação escolar, já os denominados menores, normalmente ficavam sob o cuidado do Estado e a educação visava à preparação para o trabalho (FALEIROS, 2011).

De acordo com FALEIROS (2011), em 1920 realizou-se o 1º Congresso Brasileiro de Proteção à Infância, que visava à criação de uma agenda sistematizada sobre o amparo social. Com base na mesma, passou-se a ser discutida pela sociedade, a normatização da assistência e proteção aos “menores abandonados” e “delinquentes”, culminando com a promulgação do Código de Menores em 1927 a primeira legislação de assistência e proteção na área da infância, conhecido como Código Mello Mattos, que vigorou até 1979.

O Código inaugurou uma cultura menorista, conservadora, com a criação de diversas instituições de assistência social, que adotavam uma política de segregação e controle social, através do respaldo na legislação.

Se, por um lado, previa o acompanhamento da saúde das crianças e das nutrizes por meio do exame médico e da higiene, por outro, interferia no abandono físico e moral das crianças, retirando o pátrio poder dos pais; internando os desamparados socialmente e reprimendo e determinando a liberdade vigiada aos jovens autores de infração (FALEIROS, 2011).

No decorrer da Ditadura Civil Militar de Getúlio Vargas, no período de 1940, foi instituído o Serviço de Assistência ao Menor (SAM) — criado pelo decreto-lei nº 3.799, de 05 de novembro de 1941.

De acordo TEJADAS, o SAM baseava-se:

em uma perspectiva correcional-repressiva, equivalendo-se ao Sistema Penitenciário, porém para menores de idade. O Serviço estruturou-se por meio de internatos, reformatórios e casas de correção para os adolescentes autores de ato infracional, enquanto para os abandonados havia os patronos agrícolas e as escolas para aprendizagem profissional (2007, p. 51).

Durante a gestão do SAM foi registrado várias formas de tratamentos às crianças e aos adolescentes por meio da segregação social, não contribuindo efetivamente para o desenvolvimento de mudanças de comportamentos junto a família e sociedade.

Depois de sua fundação, começaram a surgir na década de 1950, acusações direcionadas às instituições coordenadas pelo SAM. Tais acusações vinham a público através de denúncias de maus tratos que envolviam desde violência sexual, falta de higiene, agressões físicas, alimentação escassa e inadequada, a superlotação de unidades (RIZZINI, 2011).

Com o golpe militar de 1964, o SAM é abolido e a política de atendimento à infância e adolescência passou a ser regulamentada por dois documentos legais: a Política Nacional de Bem-Estar do Menor (PNBEM), Lei 4.513, de 1º de dezembro de 1964, e em seguida o Código de Menores, Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979.

O Código de Menores de 1979, além de enquadrar tanto a criança como o

adolescente pobre em situação de irregularidade social, promovia a intervenção do Estado sobre a família, abrindo assim, o caminho para o avanço da política de internatos-prisão. Assim, apesar de pregar na teoria a privação de liberdade como última alternativa a ser aplicada, garantia aos adolescentes às mesmas práticas coercitivas da Ditadura Militar.

Portanto, todos os documentos legais relativos à infância e adolescência no Brasil, entre os anos de 1927 a 1979, foram guiados pela doutrina da situação irregular, que buscava legitimar a intervenção estatal absoluta sob crianças e adolescentes pobres, que estavam sujeitos ao abandono e consideradas potencialmente delinquentes por grande parte da sociedade.

Com a promulgação da nova Constituição Federal, em 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 em vigor, foram revogados o Código de Menores de 1979 e a PNBEM.

As Crianças e adolescentes foram alçados ao patamar de sujeitos de direitos a partir da vigência do ECRID, sob a égide da doutrina da proteção integral, conjunto de princípios que tem por objetivo fundamental a garantia de direitos da criança e do adolescente e aprofunda as normas constitucionais do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, rompendo com a ideologia de um passado de controle e exclusão social (TEJADAS, 2007).

Será por meio da Lei 8.069/90, que os direitos de crianças e adolescentes serão assegurados, de forma a ser de responsabilidade, não só do Estado, como também da família e da sociedade. Como previsto no Art. 4^a que,

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 saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Assim sendo, não só é determinado de quem é a incumbência de proporcionar os direitos de crianças e adolescentes, assim como deliberar quais são os direitos fundamentais ao desenvolvimento destes e delimitar a idade correspondente à criança de até doze anos incompletos e ao adolescente entre doze e dezoito anos (art. 2º), e, em casos excepcionais e quando disposto na lei, o Estatuto é aplicável até os 21 anos de idade (arts. 121 e 142).

Os princípios que norteiam a Proteção Integral de Crianças e Adolescentes têm sua base na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989), ratificada pelo Brasil no ano seguinte. Seguindo as tratativas internacionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (TEJADAS, 2007) insere em seu bojo as diretrizes estabelecidas pelo documento *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude* (TEJADAS, 2007), conhecido como “Regras de Beijing”, que dispõe sobre o tratamento devido a jovens que cometam infrações ou aos quais se impute o cometimento de uma infração.

Ao analisar o documento, observa-se que o objetivo principal é a proteção e a prevenção da reincidência, sobrepondo-se à punição. Tal abordagem implica numa visão mais ampla do contexto no qual é necessária a instituição de programas de proteção que evitem a exposição de adolescentes e de jovens às situações sociais que os deixam vulneráveis à reincidência.

Tendo em vista a necessidade de sistematização do atendimento ao adolescente em conflito com a lei, dezesseis anos após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi instituído o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, por meio da Resolução nº 119/2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – (CONANDA) (PRADO, 2014).

Assim é conceituado o SINASE:

Conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medida socioeducativa. Esse sistema nacional inclui os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos as políticas, planos, e programas específicos de atenção a esse público (pag. 22).

A perspectiva da responsabilidade penal do adolescente é recente. Somente em 18 de janeiro de 2012 foi aprovada a Lei 12.594, que instituiu o SINASE e regulamentou a execução das medidas socioeducativas destinadas à responsabilização de adolescente que pratique ato infracional, buscando combater a discricionariedade ainda existente (PRADO, 2014).

3 I AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E SUA EFETIVIDADE

A medida socioeducativa imposta ao adolescente entre 12 e 18 anos de idade a quem se atribuiu autoria de ato infracional tem caráter sancionatória e propósito pedagógico. A prática educativa poderá conceder aos adolescentes e jovens reflexão crítica a respeito de sua veracidade cotidiana, auxiliando-o na resolução de suas necessidades mais imediatas. Nessa reflexão inclui-se o resgate da cidadania como compromisso e ação de todos: adolescente, família, sociedade e Estado (BANDEIRA, 2006).

As medidas socioeducativas impostas aos adolescentes e jovens em razão do cometimento de atos infracionais, a autoridade competente poderá aplicar as seguintes medidas estabelecidas no art. 112 do ECA: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional e qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Além de antepor as medidas socioeducativas de meio aberto, o SINASE assim como prioriza a municipalização dos programas que executarão estas medidas, afim de que tenha facilidade de cumprimento para os adolescentes, assim como ocorra a

possibilidade de envolvimento da família e comunidade.

Como mencionado anteriormente, as medidas socioeducativas totalizam seis. E a primeira corresponde à medida socioeducativa de *advertência*, que está prevista no art. 115 do ECRID, é proposta ao adolescente que praticou um ato infracional de menor potencial invasivo, ou seja, cometeu um ato de pouca lesividade ou de natureza leve, que merece uma reprovação mais branda. Tem seu fim na admoestação verbal, em audiência, realizada pelo juiz (VOLPI, 2015).

A medida socioeducativa de *Reparação do Dano*, art. 116 do ECRID, somente se justifica, quando o ato infracional praticado pelo adolescente refletir no patrimônio da vítima. Define-se como uma medida coercitiva e educativa, orientando o adolescente a discernir o erro e repará-lo. Para os casos em que houver necessidades, recomenda-se a aplicação conjunta de medidas de proteção (art. 101 do ECRID) (VOLPI, 2015).

A medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade, junto com a liberdade assistida, como adiante veremos, destaca-se sem dúvida, pelo alto poder ressocializador do adolescente em conflito com a lei.

A *Prestação de Serviço à Comunidade (PSC)*, essa modalidade de medida socioeducativa está prevista no art. 117 do ECRID, apresenta-se como sanção aplicável pelo Juiz da Infância e Juventude aos Adolescentes aos quais se atribuiu a autoria de ato infracional, e ao qual se avalie pertinente a experiência de reparação do dano causado pelo ato infracional, por meio de ação produtiva e de valor social.

A PSC é medida socioeducativa alternativa à internação, em que o adolescente em conflito com a lei realizará serviços gratuitos a entidades hospitalares, assistenciais, educacionais e outros estabelecimentos congêneres, creches, asilos, por período não superior a 06 (seis) meses e nem há 08 (oito) horas semanais, sendo prestados aos sábados, domingos, feriados ou até mesmo durante a semana, desde que não prejudique sua frequência escolar ou sua jornada de trabalho, e visa, essencialmente, analisar o senso de responsabilidade do adolescente e sua predisposição para executar a medida em meio aberto, ou seja, o adolescente continuará estudando ou trabalhando, normalmente, convivendo na sua comunidade junto com seus familiares e amigos (BANDEIRA, 2006).

Como determina o Estatuto da Criança e do Adolescente, a aplicação da medida de prestação de serviço à comunidade para adolescente praticante de ato infracional, pode auxiliar na diminuição do preconceito social e superação do estigma da criminalidade que marca estes jovens, e que é um dos fatores hegemônicos de inquietação e sentimento de baixa autoestima que os desmotiva a procurar mudar seus comportamentos (PRATES, 2012).

A medida socioeducativa de *liberdade assistida (LA)* está disciplinada nos artigos 118 e 119 do ECRID. De acordo com o art. 118 “será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente” (BRASIL, 1990, p.18).

A LA constitui prazo mínimo de 06 (seis) meses, podendo ser a qualquer tempo

substituída, revogada ou prorrogada por outra medida, ouvindo o orientador atribuído pela autoridade judiciária competente, o coordenador ou os técnicos do programa de execução das medidas, o Ministério Público e o Defensor Público.

A LA, assim como a de prestação de serviço à comunidade é uma medida socioeducativa, a ser realizada em meio aberto, isto é, sem que o jovem tenha abstenção de sua liberdade, prevista no ECRIAD, aplicável aos adolescentes autores de ato infracional. Trata-se de medida judicialmente imposta, de cumprimento obrigatório.

O SINASE destaca que a execução em meio aberto da medida socioeducativa de liberdade assistida tem como objetivo determinar um processo de assistência, auxílio e orientação ao adolescente. Sua mediação e ação socioeducativa deve estar estruturada com ênfase na vida social do adolescente (família, escola, trabalho, profissionalização e comunidade) permitindo, assim, o estabelecimento de relações positivas, eixo de egrédo do processo de inclusão social a qual se objetiva. Desta forma o programa deve ser o incentivo da integração e inclusão social desse adolescente e sua família (BRASIL, 2006).

O Serviço de Proteção Social a adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de PSC e LA, de acordo com a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), e posteriormente o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), são consideradas serviços de Proteção Social Especial de média complexidade, ou seja, aqueles que oferecem atendimentos às famílias e indivíduos com seus direitos violados, mas cujos vínculos familiar e comunitário não foram rompidos (PNAS, 2004). Na maioria dos municípios da grande Vitória, as medidas socioeducativas PSC e LA são executadas no Centro de Referência Especializado da Assistência Social (CREAS).

Entretanto, o Serviço de Proteção Social a adolescentes e jovens em cumprimento de medida socioeducativa de LA e de PSC, no município de Serra-ES, é executado pelo Programa de Liberdade Assistida Comunitária “Casa Sol Nascente”, localizada no bairro Manoel Plaza no município de Serra, atende adolescentes e jovens em cumprimento das medidas socioeducativas de Liberdade Assistida e Prestação de Serviço Comunitário, oferecendo atendimento psicossocial individual e em grupos, apoio às famílias, cursos profissionalizantes, atividades esportivas, culturais e artísticas, pela parceria Entidade Rede de Atendimento Integral à Criança e ao Adolescente - Rede AICA, denomina-se um Programa de Atendimento Integrado a Criança e ao Adolescente, ligado a Pastoral do Menor, criado em 1997. É um trabalho social, em rede, desenvolvido nos municípios de Serra e Santa Teresa, com ações dirigidas para a defesa e promoção da vida de crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, e tem por finalidade prover atenção socioassistencial e acompanhamento a adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto, determinadas judicialmente pela Segunda Vara da Infância e Juventude. O serviço deve contribuir para o acesso a direitos e para a ressignificação de valores na vida

pessoal e social.

O SINASE em seu artigo 5º dispõe que, compete aos municípios:

[...] III - criar e manter programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto; [...] VI - Confinanciar, conjuntamente com os demais entes federados, a execução de programas e ações destinados ao atendimento inicial de adolescente apreendido para apuração de ato infracional, bem como aqueles destinados a adolescente a quem foi aplicada medida socioeducativa em meio aberto [...] (BRASIL, 2006).

Na sua operacionalização é necessário a elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA) com a participação do adolescente e da família, a ser construído junto com a equipe técnica que acompanhará o adolescente durante seu processo socioeducativo. No PIA deverá ser registrado todas as atividades a serem desenvolvidas com o adolescente, além de previsão de capacitação profissional e atenção à saúde, promoção da cidadania com vistas a retirada de toda documentação; acesso a atividades culturais, de lazer e esporte.

As medidas executadas pelo Programa se baseiam nos arts. 118 e 119 da Lei 8.069/90. Nessa perspectiva, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Lei 12.594/12 vem nortear e direcionar as ações na execução das medidas através de um “conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução das medidas”.

Dessa forma, o contexto acima busca, resgatar o direito e o desenvolvimento do adolescente e jovem para inclusão social e evitar a ação das medidas de “*Semiliberdade e Internação*”, que são executadas com o adolescente privado de liberdade, ou seja, com restrição de liberdade.

A medida de *Semiliberdade*, se enquadra no grupo das medidas privativas de liberdade está inserido no art. 120 do ECRIAD, essa medida socioeducativa objetiva reintegrar o adolescente à sociedade, de forma gradual, fazendo que ele trabalhe e estude durante o dia e recolha-se ao estabelecimento de atendimento no período noturno, no entanto, ao limitar sua liberdade, não o priva totalmente do seu direito de ir e vir (VOLPI, 2015).

Dentre as medidas socioeducativas previstas no ECRIAD, a mais gravosa é a *Internação*, e está descrita nos arts. 121 e 125. A orientação expressa em lei, é que deverão ser priorizadas as medidas em meio aberto. A internação só será aplicada se não houver outra medida adequada e sempre responsabilizando o adolescente pelo ato infracional praticado. A lei estabelece também que o processo socioeducativo deverá se dar em condições físicas e pedagógicas que garantam os direitos humanos (BRASIL, 1990).

A internação em nenhum momento poderá exceder o prazo de 03 (três) anos, devendo ser feita a liberação compulsória ao jovem aos 21 (vinte e um) anos.

4 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação às políticas públicas destinadas à criança e ao adolescente no Brasil, embora os avanços tenham sido inegáveis, verificamos que ainda há muitos desafios a serem superados.

A Constituição de 1988 apresentou um novo tratamento jurídico à criança e ao adolescente e com a publicação do ECRID, introduziu a doutrina da proteção integral a todas as crianças e adolescentes, vedando a discriminação pelas condições de pobreza, como fazia os Códigos de Menores (de 1927 e de 1979) que eram direcionados preferencialmente à criança e ao adolescente pobre.

O ECRID supera o antigo modelo de situação irregular, reconhecendo crianças e adolescentes como portadores de direitos em condição peculiar de desenvolvimento, a serem garantidos pelo Estado, pela família e pela sociedade. No entanto, depois de transcorridos 28 anos de sua promulgação verifica-se que crianças e adolescente ainda não possuem todos os direitos garantidos.

O município de Serra através da Segunda Vara da Infância e Juventude e do Programa de Liberdade Assistida “Casa Sol Nascente” em parceria com o governo municipal elaboraram o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo buscando, em conformidade o Plano Nacional, efetivar as competências definidas para o município e para o Estado na Lei do SINASE (2012), prevendo ações articuladas nas áreas de educação, saúde, assistência social, cultura, capacitação para o trabalho e esportes.

O técnico neste campo sociojurídico desempenha um papel de fundamental importância, juntamente com os profissionais que executam as medidas socioeducativas. Cabe a estes profissionais o atendimento inicial ao adolescente e à família. Neste atendimento são realizadas orientações diversas sobre a situação processual do adolescente e encaminhamento à Casa Sol Nascente para dar início ao cumprimento de medida socioeducativa a ele aplicada. Em caso de descumprimento da medida aplicada, cabe ao técnico chamar novamente o adolescente acompanhado de sua família a fim de reiterar a obrigatoriedade da medida, bem como, as consequências em caso de descumprimento que poderá levar a internação sanção por até três meses. A importância do profissional está também em acionar a rede de atenção à criança e ao adolescente do município quando houver necessidade.

Nesse sentido o papel desempenhado pela equipe técnica que acompanha o adolescente em medida socioeducativa é de fundamental importância. O profissional no espaço sociojurídico exerce um importante papel neste Sistema de Garantia de Direitos, na medida em que, através da sua prática pode contribuir para a defesa e para ampliação da cidadania desses adolescentes e jovens.

As medidas socioeducativas de meio aberto têm, em torno de si, a expectativa social de que, quando bem executadas pelos programas, podem se constituir em experiências significativas para os adolescentes e jovens, capazes de alterar suas trajetórias de vida e, portanto, prevenir a reincidência e evitar as medidas mais

severas como a internação.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, M. A. **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional** / Marcos Bandeira. - Ilhéus: EDITUS, 2006.

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

_____. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE**. Brasília: Conanda, 2006.

_____. Lei 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, 13 jul. 1990.

_____. Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). **Diário Oficial da União, Brasília**, 18 jan. 2012.

_____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Política Nacional de Assistência Social**. Brasília: Secretaria Nacional de Assistência Social, 2004.

FALEIROS, V. P. Infância e processo político no Brasil. In: PILOTTI, F.; RIZZINI, I. (Org.). **A Arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. 3. Ed. São Paulo: Cortez, 2011. Pp. 33-96.

PRADO, A.C.G.C. **O jovem egresso do sistema socioeducativo e seu acesso a políticas sociais: como prossegue a história?** / Anihelen Cristine Gonçalves Cordeiro Prado. Franca: [s.n.], 2014. 129 f.

PRATES, F. C. Adolescente infrator: **A prestação do Serviço à Comunidade**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

Rede AICA. **Rede de Atendimento Integral à Criança e ao Adolescente**. Disponível em: <<http://www.redeaic.org.br/a-rede/>>. Acesso em: 6 mar. 2019.

RIZZINI, I. Crianças e menores: do pátrio poder ao pátrio dever. Um histórico da legislação para a infância no Brasil. In: RIZZINI, I. e PILOTTI, F. (orgs). **A arte de governar crianças: a história das Políticas Sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. 3. Ed. São Paulo: Cortez, 2011. Pp. 97-149.

SECRETARIA DE AÇÃO SOCIAL. Prefeitura Municipal de Serra. PMAS: **Plano Municipal de Assistência Social**, 2014 – 2017.

TEJADAS, S. da S. **Juventude e ato infracional: as múltiplas determinações da reincidência**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

VOLPI, Mário (org). **O Adolescente e o Ato infracional**. 10.ed. São Paulo: Cortez, 2015.

A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO JOVEM INFRATOR

Valdir Florisbal Jung

Uniritter, Programa de Pós-Graduação Stricto
Sensu da Faculdade de Direito
Porto Alegre, RS

KEYWORDS: Young offender; education; resocialization.

RESUMO: O presente trabalho tem o propósito de contribuir com a discussão que envolve a recuperação do jovem infrator. Nesse contexto, a educação surge como um agente de libertação e pode ser decisiva no processo de ressocialização. O tema é abordado a partir de pesquisa bibliográfica e de dados oficiais da Fundação de Atendimento Sócio-Educativo no Rio Grande do Sul (Fase-RS).

PALAVRAS-CHAVE: Jovem infrator; educação; ressocialização.

EDUCATION AS AN INSTRUMENT OF RE-SOCIALIZATION OF THE YOUNG OFFENDER

ABSTRACT: The present work has the purpose of contributing to the discussion that involves the recovery of the young offender. In this context, education emerges as an agent of liberation and can be decisive in the process of resocialization. The theme is approached from bibliographical research and official data of the Foundation of Socio-Educational Service in Rio Grande do Sul (Fase-RS).

1 | INTRODUÇÃO

O clamor para a revisão da maioria penal é recorrente na sociedade brasileira, em especial nos momentos em que crimes hediondos cometidos por menores são noticiados pelos meios de comunicação. O direito brasileiro considera o menor de 18 anos inimputável para fins penais, dando-lhe tratamento especial através do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei complementar nº 8069/90). Porém, independentemente dos rumos dessa discussão, torna-se imperativo a adoção de medidas que visem transformar jovens infratores em cidadãos de fato e reintegrá-los à sociedade, em vez de pensar a prisão como solução para esse problema social. O assunto é polêmico nos dias atuais, em face da grande incidência de jovens iniciando na vida do crime, e cada vez mais cedo.

Neste sentido, a educação apresenta-se como uma alternativa viável e eficaz de ressocialização. Conscientes dessa realidade, projetos têm sido desenvolvidos no âmbito das casas de internação de jovens em conflito com a lei em todo o país, fruto de parcerias entre

poder público, entidades e empresas.

No Rio Grande do Sul, a Fundação de Atendimento Sócio-Educativo (Fase) investe em parcerias com o poder público e a iniciativa privada para desenvolver programas de qualificação de jovens que cumprem medidas socioeducativas. Os esforços têm crescido ao longo dos anos, embora a realidade ainda esteja muito distante do que a sociedade espera e do que a lei preconiza.

O objetivo do presente trabalho é justamente lançar luz sobre projetos voltados aos adolescentes infratores e mostrar os resultados que a educação pode alcançar na sua recuperação. A discussão aqui provocada se limita à educação como educação escolar formal e a qualificação profissional, uma vez que o termo poderia dar margem a outros aspectos como a arte, o esporte e atividades de lazer. Para a abordagem do tema, a metodologia inclui pesquisa bibliográfica e dados oficiais disponibilizados pela Fundação de Atendimento Sócio-Educativo no Rio Grande do Sul (Fase-RS).

2 | A CRIANÇA E O ADOLESCENTE – DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO ECA

Segundo a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 227, *caput*:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Com isso, faz-se necessária uma série de leis, normas e regulamentos que contemplem a aplicação de medidas que assegurem as condições necessárias para o desenvolvimento da criança e do adolescente. Nesse sentido, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/90), em substituição ao ultrapassado Código de Menores (de 1979). O objetivo era o de direcionar políticas públicas que atendessem tanto a criança e o adolescente em situação de vulnerabilidade social (medidas de proteção) quanto os autores de ato infracional (medidas socioeducativas).

O ECA dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, especificando uma rede de direitos e deveres a serem cumpridos pelo poder público e a sociedade. Isto inclui ações em diferentes âmbitos, inclusive o do Judiciário. A adolescência, para fins legais, tem início aos 12 anos.

Entretanto, sob a ótica biopsicológica, os parâmetros não são determinados de acordo com uma data específica, mas de acordo com mudanças psicológicas e fisiológicas variáveis que ocorrem em torno dessa idade. No início, as mudanças físicas mostram-se mais perceptíveis, porém a imagem que o adolescente tem de si apresenta-se, muitas vezes, difusa. (FIORELLI e MANGINI, 2014, p. 153)

As medidas de proteção estão previstas no art. 101 do ECA, enquanto as

medidas socioeducativas são tratadas a partir do art. 112. De acordo com o objetivo do presente trabalho, nos deteremos na segunda categoria de medidas.

Alguns fatores contribuem para tornar o adolescente mais vulnerável à prática da delinquência, em comparação com outras etapas da vida, ressaltam Fiorelli e Mangini (2014). Três fenômenos destacam-se: *vulnerabilidade do adolescente às mensagens que induzem à violência e à transgressão* (filmes, desenhos etc), *percepção de falta de espaço no mundo adulto e o poder do grupo* (o grupo se transforma em uma equipe, capaz de modificar a essência dos comportamentos do indivíduo e marcá-lo por toda a vida).

Conforme os autores, o grupo ou equipe constituem um fator-chave para iniciar o indivíduo na prática do delito e, mais tarde, para mantê-lo nessa condição. Ao tornar-se um infrator da lei e ser recolhido a uma instituição de exclusão, o indivíduo passa, de certa forma compulsória, a incorporar-se a grupos já existentes. Para Bleger, o indivíduo nessas condições assume uma nova identidade:

Uma identidade particular que nós podemos chamar de identidade grupal sincrética e que se apóia não sobre uma integração, sobre uma interação de regras de nível evoluído, mas sobre uma socialização na qual esses limites não existem; cada um daqueles que vemos de um ponto de vista naturalista como sujeitos ou indivíduos ou pessoas não tem identidade enquanto tal mas sua identidade reside na sua filiação ao grupo (BLEGER, 1989, p. 65 -66)

3 | MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

De acordo com ECA, as crianças e os adolescentes, ao cometerem alguma infração, devem ser encaminhados às medidas socioeducativas que lhes sejam mais adequadas, podendo ser punidos através de uma simples advertência, ou até mesmo sendo encaminhados à internação em estabelecimento educacional, onde serão afastados do convívio com a sociedade.

Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

- I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
- II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e
- III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

No caso de aplicação de medidas mais severas, o adolescente deve receber orientações pedagógicas e profissionais para que, concluído o período de reestruturação, tenha obtido alguma formação que o ajude na sua inserção na

sociedade novamente. Dentro da entidade de internação, os adolescentes devem ser separados de acordo com critérios como idade, condições físicas e gravidade do ato infracional. Apesar de todas essas medidas serem exigidas por lei e de existirem diretrizes que devem nortear a execução das medidas socioeducativas, a prática nas instituições de internação ainda se mostra distante da teoria e traz como consequência o retorno do jovem à criminalidade.

O Estado, como sociedade politicamente organizada, preocupado em não deixar nenhuma sombra, por menor que seja, sobre a ordem estabelecida, imputa, sistematicamente, os problemas sociais aos próprios infratores que ele deixa ao desalento e, por isso, inadaptados (ROBERTI, 2000)

4 | INSTITUIÇÕES QUE ATENDEM O JOVEM INFRATOR

A partir da promulgação do Código de Menores, em 1927, foram criadas colônias correccionais para a reabilitação de delinquentes e internatos para o acolhimento de menores abandonados. Com a criação do Serviço de Assistência do Menor (SAM), na década de 1940, e a sua substituição pela Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor (FUNABEM), nos anos 1960, o Estado assumiu a tutela do menor abandonado ou infrator, e a política passou a ter um caráter assistencialista, cuja principal ação era a de abrigar e alimentar as crianças e adolescentes abandonados do país.

A FUNABEM foi criada em 1964, através da Lei 4.513/64, para substituir o SAM (Serviço de Assistência ao Menor), que à época era o órgão responsável pelo estabelecimento da política de bem-estar do menor. A extinção do SAM foi amplamente justificada devido à política repressora que permeava as ações deste órgão. As instalações eram inadequadas, amontoavam-se menores em condições promíscuas, os técnicos eram despreparados, os dirigentes omissos, os espancamentos sofridos pelas crianças eram inúmeros, enfim o descaso com o atendimento destas crianças era tão generalizado que o SAM transformou-se em sinônimo de horror (GOMIDE, 2010, p. 16)

A Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM) virou sinônimo de denúncias de tortura e maus-tratos, rebeliões e superlotação nos diferentes estados brasileiros, deixando evidente a falta de um projeto pedagógico nessas instituições.

Observa-se que, em geral até os idos de 1900, não se acostumava fazer distinção entre a fase da infância e da adolescência. No início do século XX, ao contrário, aparecem menções ao *púbere*, ao *rapaz* e à *rapariga*, normalmente em associação ao problema da criminalidade. O termo *delinqüência juvenil*, que anos mais tarde será muito freqüente, tem no início do século, suas primeiras referências. Além disso, nota-se o uso corrente do termo *menor* dotado de uma conotação diferente da anterior: torna-se uma categoria jurídica e socialmente construída para designar a infância pobre – abandonada (material e moralmente) e delinqüente. Ser menor era carecer de assistência, era sinônimo de pobreza, baixa moralidade e periculosidade (RIZZINI, 1997, p. 134).

O início do século XX foi um período fértil na idealização dos estabelecimentos destinados à recuperação dos menores, segundo Rizzini:

Lutava-se contra a prática de interná-los em Casas de Detenção e repudiava-se o contato dos menores com criminosos adultos – a antítese da recuperação, obviamente. Contudo, não se questionava a institucionalização como forma de prevenção e tratamento: ao contrário, considerava-se necessário e salutar retirar a criança de um meio tido como enfermo e atentatório à moral. Percebe-se nas entrelinhas do discurso da época a instituição idealizada para “salvar as crianças”. (RIZZINI, 1997, p. 136)

O advento do ECA deu início a um reordenamento institucional. O processo desencadeado pela nova lei impôs a necessidade de reorganização dos órgãos públicos e entidades da sociedade civil que atuavam na área da infância e juventude, com vistas à adequação aos novos paradigmas conceituais e legais de atenção à criança e ao adolescente.

No Rio Grande do Sul, a FEBEM deu lugar à Fundação de Atendimento Sócio-Educativo (Fase-RS), criada a partir da Lei Estadual nº 11.800, de 28 de maio de 2002, que buscava romper com o paradigma correcional-repressivo que orientava a política do bem-estar do menor que vigorava no Estado desde 1945, quando houve a fundação do Serviço Social do Menor (SESME-RS).

Um dos principais avanços obtidos com o ECA foi a distinção entre a atenção a ser dispensada a crianças e adolescentes vítimas de violência e abandono e o tratamento aos adolescentes autores de ato infracional. Com a mudança na lógica de atendimento, a Fase passou a se concentrar no atendimento exclusivo a adolescentes infratores, com medidas judiciais de internação ou de semiliberdade.

5 | A EDUCAÇÃO PARA O ADOLESCENTE INFRATOR

Se uma pesquisa fosse realizada para ouvir o que a população acha sobre a necessidade de recuperação de menores que cometeram algum delito e de sua ressocialização, grande parte dos entrevistados – senão a totalidade – defenderia a importância de iniciativas nesse sentido. A sociedade espera que o sistema promova a recuperação desses jovens, nem que a opinião esteja baseada unicamente no medo de se tornar uma futura vítima, no caso de eles reincidirem no mundo do crime. Mas como vivem esses jovens e que tipo de educação eles recebem no período em que estão privados de sua liberdade? Os cidadãos, em geral, desconhecem o que se passa com essa parcela da população tutelada pelo Estado.

Pela Constituição federal e com base no ECA, o jovem em regime fechado é, em primeiro lugar, sujeito de direitos; depois, pessoa em condição peculiar; e, finalmente, prioridade absoluta do Estado, explica Fiorelli e Mangini (2014). Se a educação é um direito fundamental, mesmo o adolescente sob custódia precisa ter atendidas as condições necessárias para o cumprimento da obrigação legal da educação.

Se a educação pressupõe liberdade, não é tarefa fácil educar regularmente um adolescente que vive em meio fechado. Três requisitos se apresentam nessas condições: educação escolar regular, formação profissional e trabalho. Às instituições atuais que atendem adolescentes infratores em cumprimento de medidas socioeducativas cabe romper com o histórico de suas antecessoras. A postura repressiva e autoritária deve, necessariamente, dar lugar a práticas educacionais capazes de vencer um ambiente tão hostil. Para tanto, são necessários projetos pedagógicos que levem em consideração o contexto cultural e familiar do infrator. A educação (ou reeducação) deve respeitar suas origens, suas limitações e seus desafios e propiciar que ele possa se expressar e se fazer ouvir. É imprescindível que ele tenha voz, caso contrário o modelo de recuperação corre o risco de se tornar enfadonho e ineficaz.

No ano de 2006, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) aprovou e publicou a Resolução nº 119, que estabeleceu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, o Sinase. No mesmo ano, outro conjunto de propostas foi encaminhado ao Congresso Nacional com o intuito de promover detalhamentos e complementações ao ECA, no que diz respeito ao adolescente em cumprimento de medida socioeducativa, dando origem à Lei 12.594, sancionada em 18 de janeiro de 2012.

O Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo prevê ações articuladas, para os próximos dez anos, nas áreas de educação, saúde, assistência social, cultura, capacitação para o trabalho e esporte para os adolescentes que se encontram em cumprimento de medidas socioeducativas, e apresenta as diretrizes e o modelo de gestão do atendimento socioeducativo. Os estados, o Distrito Federal e os municípios, conforme disposto no parágrafo 2º do art. 7º da Lei 12.594/2012 deverão, com base no Plano Nacional, elaborar seus planos decenais correspondentes.

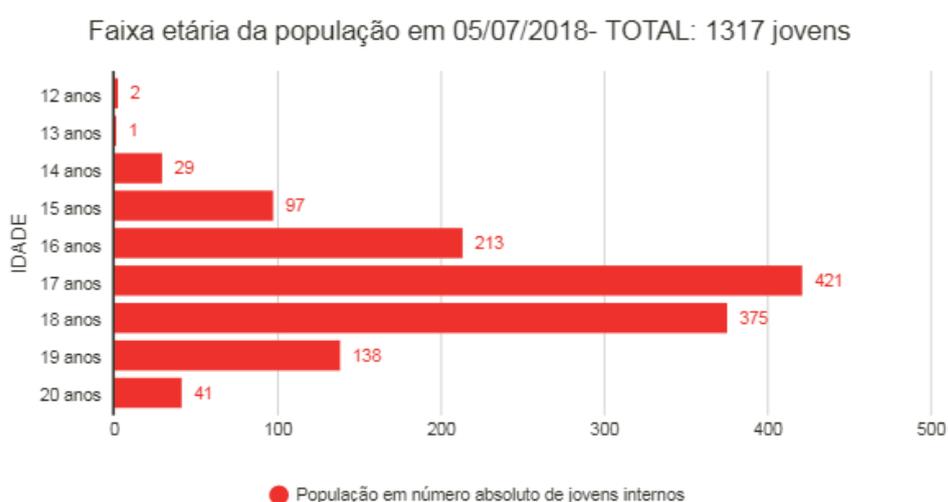
A situação brasileira, porém, ainda está muito aquém do ideal. Elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o *Relatório da Infância e Juventude – Resolução 67/2011: um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes* demonstra que o cumprimento das medidas socioeducativas, especialmente as restritivas de liberdade – internação e semiliberdade – está muito distante do que preconiza a Lei do Sinase e o ECA. O documento aponta, de forma geral, problemas como superlotação, poucas oportunidades de formação educacional e profissional, espaços insalubres, rebeliões nas unidades, entre outros. Faltam, em muitas unidades, os espaços para escolarização, profissionalização, práticas esportivas, lazer e cultura.

6 | A REALIDADE DO RIO GRANDE DO SUL

Responsável pela execução das medidas socioeducativas (internação e

semiliberdade) aplicadas pelo Judiciário gaúcho a adolescentes que cometem ato infracional, a Fase-RS conta com 14 unidades centros de atendimento socioeducativo, distribuídos em oito municípios – sete estão localizados em Porto Alegre. As demais ficam em Novo Hamburgo, Caxias do Sul, Passo Fundo, Santo Ângelo, Santa Maria, Pelotas e Uruguaiana. Também existem dez centros de atendimento em semiliberdade para adolescentes e jovens adultos.

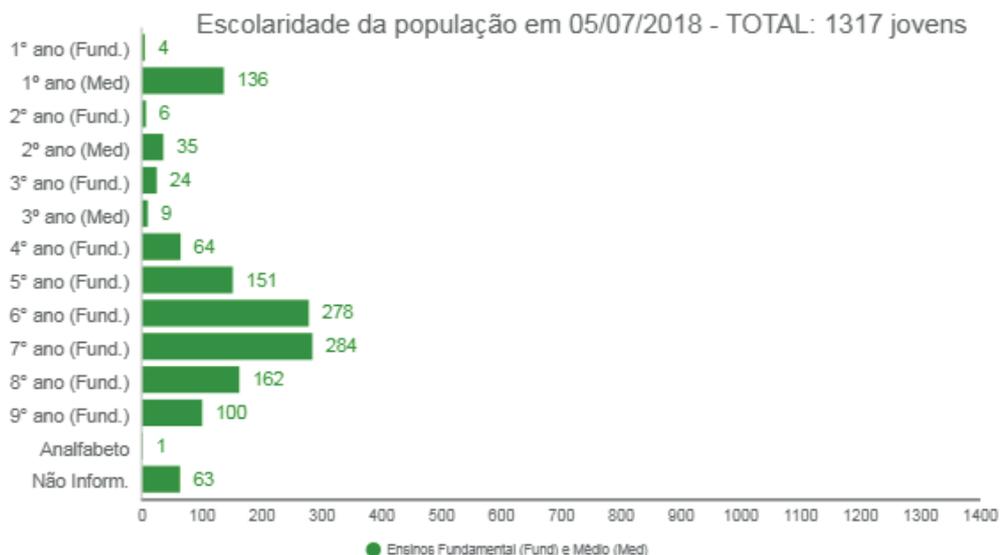
A população de internados, considerando dados de julho de 2018, era de 1.317 jovens. Em relação aos tipos de delitos, a maioria – 1.082 adolescentes cumpriam medida socioeducativa por atos infracionais graves, aqueles que envolvem grave ameaça ou violência à pessoa, entre eles: roubo (575), homicídio (245), tentativa de homicídio (127), latrocínio (67), estupro (29), tentativa de latrocínio (27), lesões corporais (7), tentativa de roubo (2), extorsão (1) e sequestro e cárcere privado (1). Os demais (235 jovens) se enquadram em outras infrações, a maioria em tráfico de entorpecentes (145).



Fonte: Amostragem trimestral realizada pela Assessoria de Informação e Gestão da Fase-RS.

Na Fase-RS, o atendimento dispensado aos jovens infratores é norteado pelo Programa de Execução de Medidas Socioeducativas de Internação e Semiliberdade (PEMSEIS), que tem como eixo principal o Plano Individual de Atendimento. Na prática, isso deve representar a garantia aos direitos individuais e coletivos como pressuposto básico da intervenção técnica e administrativa, contemplando aspectos pedagógicos e terapêuticos no atendimento aos adolescentes.

Um dos desafios é reduzir a defasagem idade/série. Para isso, a instituição conta com escolas de educação seriada e Educação de Jovens Adultos (EJA). Dentro do processo de recuperação dos jovens, tem obtido mérito também o programa de profissionalização, realizado por meio de parcerias com órgãos públicos e a iniciativa privada.



Fonte: Amostragem trimestral realizada pela Assessoria de Informação e Gestão da Fase-RS.

Os jovens têm acesso a cursos oferecidos pelo Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), do governo federal, do Projeto Pescar e do Centro de Integração Empresa Escola do Rio Grande do Sul (CIEE-RS). O decreto nº 5.598, de 1º de dezembro de 2005, regulamenta a contratação de aprendizes com a oferta aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, com idade entre 14 e 21 anos. Outro instrumento é o Centro de Convivência e Profissionalização (Ceconp), espaço destinado a adolescentes que cumprem medida de internação com possibilidade de atividade externa. O local, que recebe jovens de todos os centros de atendimento de Porto Alegre, tem como objetivo coordenar, executar e sediar oficinas de caráter pedagógico, cultural, educativo e preparação dos jovens para o mercado de trabalho ou geração de renda.

Um dos avanços recentes diz respeito à ampliação do Programa de Oportunidades e Direitos (POD) Socioeducativo, que trabalha a inclusão de jovens egressos da Fase em programas de aprendizagem. Desde fevereiro de 2018, além de Porto Alegre e Santa Maria, passaram a ser atendidos as regionais de Novo Hamburgo, Caxias do Sul, Osório, Passo Fundo, Santo Ângelo, Santa Cruz do Sul e Uruguaiana. A iniciativa é desenvolvida pelo governo do Estado, através da Secretaria de Desenvolvimento Social, Trabalho, Justiça e Direitos Humanos, em parceria com o CIEE-RS. O número de vagas em cursos profissionalizantes aumentou de 180 para 1,1 mil, em um investimento de R\$ 1,6 milhão com recursos do fundo Ampara/RS. O acréscimo de vagas é significativo, tendo em vista que em dez anos foram atendidos cerca de 1,8 mil jovens. Dados da Fase apontam que 92% dos egressos que permanecem no POD pelo período de um ano não regressam ao sistema. Já o adolescente que fica sem acompanhamento tem uma reincidência média de 32%.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Paula Gomide, citando Emir Sader, classifica a questão do menor como o mais escandaloso dos problemas sociais brasileiros, pois estas crianças sofrem de dupla orfandade: são órfãos de família e da sociedade. É um desafio para o estado brasileiro aprimorar o sistema de atendimento aos direitos do adolescente e pensar em propostas de educação escolar diferenciadas. A educação tem o poder de libertação e isso parece ficar ainda mais evidente quando se trata de jovens privados da sua liberdade.

Possibilitar o acesso à educação para os adolescentes em conflito com a lei significa abrir possibilidades e permitir a eles novos caminhos longe da criminalidade. Investir em educação é oportunizar a esses adolescentes o acesso ao estudo formal, ao primeiro diploma e a um ofício. Esse poder libertador proporcionado pela educação reflete também no campo emocional e no aumento da autoestima.

A educação e o trabalho podem colaborar de forma preventiva, pois proporcionam ocupação do tempo ocioso e desenvolvem várias características que auxiliam na formação de um jovem mais consciente e responsável. O caminho para a recuperação e para uma ressocialização efetiva passa obrigatoriamente pela oferta de aprendizagem. Além disso, há diminuição das chances de o jovem reincidir no crime.

Os avanços trazidos pelo ECA nesse sentido são incontestáveis, embora ainda exista um longo caminho a ser trilhado pelo poder público e pelas instituições responsáveis pela execução das medidas socioeducativas. As mudanças mais substanciais somente virão com muitos investimentos em todo o sistema e com a elaboração dos Planos Estaduais e Municipais previstos no Sinase. As distâncias entre a realidade e a situação ideal parecem se tornar menores quando existe o envolvimento dos governos e da iniciativa privada. As parcerias entre Estado e iniciativa privada têm se mostrado uma via alternativa e eficaz nesse processo – talvez a única.

REFERÊNCIAS

BLEGER, J. et al. **A instituição e as instituições**: estudos psicanalíticos. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília –DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei 8.069/1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, de 13 de julho de 1990.

_____. Lei 12.594. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)**, de 18 de janeiro de 2012.

_____. **Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo**: Diretrizes e eixos operativos para o SINASE. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013. Disponível

em http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2017/03/03/17_49_45_295_Plano_NACIONAL_Socioeducativo.pdf. Acesso em 14.out.2018

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Relatório da Infância e Juventude** – Resolução 67/2011: um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, 2015.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2014.

Fundação de Atendimento Socioeducativo (Fase-RS), site www.fase.rs.gov.br. Acesso em 13.out.2018.

GOMIDE, Paula. **Menor Infrator: A Caminho de um Novo Tempo**. Curitiba: Juruá, 2010.

RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas sociais para a infância no Brasil**. 3ª ed. revisada. São Paulo: Cortez, 2011.

ROBERTI, M. **O menor infrator e o descaso social**. 2000. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6/O-menor-infrator-e-o-descaso-social>>. Acesso em 14.out.2018.

DIREITO EDUCACIONAL - INTRODUÇÃO À ABORDAGEM EPISTEMOLÓGICA

Adelcio Machado dos Santos

Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento (UFSC). Docente e Pesquisador nos Programas de Pós-Graduação “*Stricto Sensu*” em Desenvolvimento e Sociedade e Educação da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp). Endereço: rua Prof. Egídio Ferreira, nº 271, bloco “E”, Apto. 303 – bairro Capoeiras, 88090-699 Florianópolis (SC) Brasil. E-mail: adelciomachado@gmail.com

RESUMO: Quando se alude à legislação educacional brasileira, refere-se às leis que, de modo geral, formam o ordenamento cultural do país. Com o vocábulo educação verifica-se conjuntura análoga. Ora a palavra educação refere-se aos processos de formação escolar, dentro e fora dos estabelecimentos de ensino, ora tem conceito restrito à educação escolar que se efetua unicamente nas organizações de ensino. Por conseguinte, falar-se, em outros tempos, em legislação de ensino e em legislação da educação. Enfim, cumpre clarificar o seguinte problema heurístico: a legislação da educação pode ser considerada o corpo normativo configurador do Direito Educacional; ou tão-somente conjunto de regras referentes à educação, extraídas de outros ramos, sem concatenação epistêmica?

PALAVRAS-CHAVE: Educação; Direito;

interdisciplinaridade.

EDUCATIONAL LAW - INTRODUCTION TO EPISTEMOLOGICAL APPROACH

ABSTRACT: Introduction to the epistemological approach When it is concerned the Brazilian educational legislation, it refers to a set of laws that in a general way form the cultural organization of a country. From the entry education, it is perceived an analog conjuncture. The word education not only refers to the scholastic formation process, inside and outside the school facilities, but also has a limited concept regarding exclusively at education organizations. Consequently, to talk about, in other times, teaching legislation and educational legislation. At last, it is up to clarify the heuristic issue: can the educational legislation be considered a normative body constituent of the Educational Law: if only the set of rules concerning the education, extracted from other trades, without epistemic concatenation?

KEYWORDS: Education; Law; interdisciplinarity

1 | INTRODUÇÃO

À luz do magistério da lavra de Conte, *apud* Duarte (1984, p. 15), o Direito Educacional consiste no “conjunto de normas, princípios, leis e regulamentos que versam sobre as

relações de alunos, professores, administradores, especialistas e técnicos, enquanto envolvidos, mediata ou imediatamente, no processo ensino-aprendizagem”.

No mesmo passo, nos termos da preleção de Motta (1997), podem-se considerar três maneiras de se imprimir enfoque ao construto “Direito Educacional”:

- a) o conjunto de normas reguladoras dos relacionamentos entre as partes envolvidas no processo ensino-aprendizagem;
- b) a faculdade atribuída a todo ser humano e que constitui na prerrogativa de aprender, de ensinar e de se aperfeiçoar; e
- c) o ramo da ciência jurídica especializado na área educacional.

No primeiro sentido, avulta plethora de normas que vão desde leis federais, estaduais e municipais até pareceres do Conselho Nacional de Educação, decretos do Poder Executivo, portarias ministeriais, estatutos e regimentos das escolas, que constituem a tradicional disciplina Legislação de ensino, a qual é parte integrante, porém restrita, do Direito Educacional, visto que nela se incluem: a unidade doutrinária, a sistematização de princípios, a metodologia que estrutura um corpo jurídico pleno.

Por conseguinte, não se deve confundir legislação do ensino com Direito Educacional: enquanto que aquela se limita ao estudo do conjunto de normas sobre educação, este tem um campo muito mais abrangente.

O Direito Educacional tem um campo muito abrangente e, como afirma Melo Filho (1982-1983, p.54), “pode ser entendido como um conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados que objetivam disciplinar o comportamento humano relacionado à educação”.

Como disciplina autônoma, o Direito Educacional é muito recente, salienta Motta (1997).

O mesmo autor entende que o Direito Educacional é o resultado natural, em primeiro lugar, da evolução da educação na época contemporânea e, em segundo lugar, do desenvolvimento das ciências jurídicas, porquanto, lembrando Nader (1996, p.02), “a árvore jurídica, a cada dia decurso, torna-se mais densa, com o surgimento de novos ramos que, em permanente adequação às transformações sociais, especializam-se em sub-ramos”.

Destarte, entrementes em que o Direito exige uma disciplina ampla que permita um enfoque sistêmico de sua totalidade, também comporta um grande número de disciplinas, cada uma delas voltadas para cada um dos ramos que o compõem.

Antes de se dividir em ramos, o Direito comporta uma divisão maior de seu tronco em duas estirpes: a do Direito Público e a do Direito Privado, as quais se subdividem em disciplinas. O Direito Educacional é a disciplina que se constitui no mais novo ramo do Direito, colimando tanto escopos jurídicos quanto pedagógicos.

Assinala Motta (1997, p.53), que

[...] por ter como pai o Direito e como mãe a Educação e por ser o caçula de ambos, teve a sorte de poder beber nas fontes mais puras e recentes da teoria, da

Para melhor compreensão da terceira concepção defendida anteriormente, avultam as ensinanças de Melo Filho (1982-1983, p. 54):

Ao invés de questionar-se sobre as autonomias legislativa e científica do direito educacional, deve-se registrar que, pela simples razão de não poder existir uma jornada jurídica independente da totalidade do sistema jurídico, a autonomia de qualquer ramo do Direito é sempre e unicamente didática, investigando-se os efeitos jurídicos resultantes da incidência de determinado número de normas jurídicas, objetivando-se descobrir a concatenação lógica que as reúne num grupo orgânico e que une este grupo à totalidade do sistema jurídico.

Reale (1994) também corrobora com esta afirmação, cujo pensamento em relação às diversas disciplinas jurídicas diz ser necessário estudá-las no seu conjunto unitário, pois nenhuma delas tem sentido isoladamente, independente das demais. A este respeito, Di Dio (1982, p. 34) sintetiza o assunto:

Quem fizer um retrospecto, convercer-se-á desde logo da tendência multiplicadora dos setores do Direito, como se, de uma unidade inicial, se desprendessem, em consequência de uma força centrífuga, fragmentos que irão girar em torno da órbita. E a analogia procede porque, se, de um lado, o desligar-se do núcleo central representa o momento da autonomia, o 'girar em torno' significa o momento da dependência. Nesse sentido, cada ramo do Direito que se erige em nova disciplina evidencia princípios peculiares, mas nem por isso perde as características que o vinculam ao estudo mais amplo de que se originou.

De acordo com Mello (1995), considera-se como ramo do Direito aquele que possui um conjunto sistematizado de princípios e normas que o diferenciam das demais ramificações do Direito e que lhe dão identidade própria. É este o caso do Direito Educacional, que ainda é tratado por muitos como mera legislação do ensino, legislação da educação, legislação educacional (MOTTA, 1997).

Referindo-se ao Direito Educacional, Boaventura (1996) afirma que, como uma nova disciplina, ele não pode ser visto e estudado apenas nos limites da legislação. Pelo contrário, deve ser tratado à luz das diretrizes que lastreiam a Educação e os princípios que informam todo o ordenamento jurídico.

O autor salienta que nos relacionamentos da educação, "legislação seria apenas um corpo sem alma" (BOAVENTURA, 1996, p. 46).

O Direito Educacional é parte do Direito Positivo, porquanto compreende um conjunto de leis (normas escritas e aprovadas pelo poder político) que regulam o setor da Educação.

Todavia, também é a ciência que conceitua os princípios e estuda, sistematiza e elucida as normas que regulam as relações da área educacional e que formam um sistema ordenado de preceitos fundamentados nos critérios da universalidade, equidade e justiça.

Nos termos da preleção de Motta (1997), o Direito Educacional é formado,

principalmente, por um conjunto de normas dispositivas (que dispõe sobre conceitos e princípios), prescritivas (que prescrevem como deve ser orientada a conduta dos poderes públicos e das pessoas físicas e jurídicas, fornecendo-lhes diretivas coerentes para as relações de ensino-aprendizagem) e imperativas (que impõe limites à liberdade, proibições, deveres e obrigações), constituindo-se, pois, de modo irrefutável, como um autêntico novo ramo do Direito.

Do ponto de vista do Direito Positivo, não procede negar a existência do Direito Educacional Brasileiro, uma vez que existe todo um ordenamento normativo coativo específico da área educacional, do qual a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), é uma espécie de código, apoiado por leis conexas e normas complementares, todas postas em uma seção especial da Constituição Federal, onde se encontram os seus princípios basilares.

Destarte, pode-se dizer que o Direito Educacional Brasileiro está organizado em uma totalidade de normas legais escritas que regulam as formas de instituição, organização, manutenção e desenvolvimento do ensino, bem como as condutas humanas diretamente relacionadas com os processos educativos tanto no seio familiar, quanto nas organizações governamentais e nas instituições mantidas pela livre iniciativa.

Na clarificação de Martins (2002), o Direito Educacional é ainda um órfão acadêmico, isto é, quem está desenvolvendo reflexão na Pós-Graduação em Direito conectam a reflexão para o jurídico e os militantes do outro lado, o da Educação, estimulam o Direito Educação para a teoria educacional.

Quanto às perspectivas, o autor assinala:

Acreditamos que no século XXI, chegaremos a um modelo de sistematização das normas educacionais para em outro momento vislumbrarmos um estágio de Direito da Educação em que movimentos sociais em favor do Direito à Educação estejam sob a égide da doutrina e da jurisprudência na Educação (MARTINS, 2002, p.24).

Hoje, o Direito Educacional, por qualquer ângulo ou metodologia que se escolha para analisá-lo, evoluiu de tal forma que se firmou como um ramo autônomo do Direito, porquanto conclui-se que ele preenche todos os requisitos, já mencionados anteriormente, para deixar de ser tratado apenas como legislação do ensino (MOTTA, 1997).

2 | METODOLOGIA, PROBLEMÁTICA E HIPÓTESE

A atual compreensão de legislação da educação, no âmbito da Lei de Diretrizes e Bases considerada como a lei magna da educação, é a de educação escolar, mas não restrita à concepção de instrução, voltada somente à transmissão de conhecimento nos estabelecimentos de ensino. Na LDB, a educação é concebida como processo de formação abrangente, inclusive o de formação de cidadania e o trabalho como

princípio educativo, portanto, não restrita às instituições de ensino.

Aqui, reside a possibilidade de se contemplar a legislação educacional como a legislação que recolhe todos os atos e fatos jurídicos que tratam da educação.

Já nas suas raízes conceituais, etimológicas e históricas as palavras legislação e educação não tinham sentido unívoco, isto é, traziam na sua formação histórica o caráter da polissemia.

Na Roma, legislação tanto podia significar o conjunto de leis específicas de uma matéria ou negócio como a lei no seu sentido mais abrangente.

Hoje, a situação não mudou muito: quando se refere à legislação tanto no sentido estreito como no sentido largo, por extensão. Assim, a expressão legislação educacional se revela um conjunto de normas legais sobre a matéria educacional.

Quando se fala legislação educacional brasileira, refere-se às leis que de modo geral formam o ordenamento cultural do país. Com a palavra educação, existe situação semelhante. Ora a palavra educação refere-se aos processos de formação escolar, dentro e fora dos estabelecimentos de ensino, ora tem conceito restrito à educação escolar que se verifica unicamente nos estabelecimentos de ensino.

Destarte, deve-se entender o seguinte: a legislação da educação pode ser considerada como o corpo ou conjunto de leis referentes à educação, seja ela estritamente voltada ao ensino ou às questões à matéria educacional, como, por exemplo, a profissão de professor, a democratização de ensino ou as mensalidades escolares.

Assentado isto, a partir da nova ordem geral da educação nacional, decorrente da Lei 9.394/96, pode-se de alguma forma cogitar o uso das expressões legislação educacional e legislação de ensino. Quando se utiliza a expressão legislação educacional ou legislação da educação se está referindo à legislação que trata de educação escolar, nos níveis de educação (básica e superior).

Certo é que a legislação educacional pode ser, pois, tomada como corpo ou conjunto de leis referentes à educação.

É um complexo de leis cujo destinatário é o homem trabalhador ou o homem consumidor.

É este o sentido de legislação como *legis data*. A legislação se revela, sobretudo, em regulamentos ditos orgânicos ou ordenados, expedidos pelos magistrados em face da outorga popular. A legislação educacional, como parece sugerir, é uma disciplina de imediato interesse do Direito ou mais precisamente do Direito Educacional.

Contudo, olhar interdisciplinar dirá que ela é central na Pedagogia quando no estudo da organização escolar.

Cumpra, por conseguinte, para efeito da formação do problema heurístico, a seguinte questão heurística: O Direito Educacional provê os quesitos epistêmicos e metodológicos, ou não suplanta a condição de gama de normas, doutrinas e jurisprudências emanadas de outros ramos jurídicos?

Para Severino (1996), depois de colocado o problema deve-se enunciar suas

hipóteses: a tese propriamente dita, ou hipótese geral consiste na tese central que a pesquisa se propõe demonstrar.

Neste passo, cumpre obter que a legislação educacional pode ser entendida como a soma de regras instituídas regular e historicamente a respeito da educação. Todas as normas educacionais, legais e infralegais, leis e regulamentos, com instrução jurídica, relativas ao setor educacional, na contemporaneidade e no passado, são de interesse da legislação educacional.

Observa-se, destarte, que a legislação educacional pode ter uma acepção ampla, isto é, pode significar leis da educação, que brotam das constituições nacionais, como a Constituição Federal, considerada a Lei Maior do ordenamento jurídico da República, às leis aprovadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo Presidente da República.

Pode, também, a legislação abranger os decretos presidenciais, as portarias ministeriais e interministeriais, as resoluções e pareceres dos órgãos ministeriais ou da administração superior da educação brasileira.

A metodologia utilizada observou preceitos científicos, harmonizando-os com a observação da realidade e a experiência resgatada durante a elaboração deste trabalho, resultando na revisão teórica e bibliográfica.

A revisão bibliográfica significa o levantamento da bibliografia referente ao assunto em pauta. A pesquisa bibliográfica tem duas finalidades operacionais nesta perquirição:

I - A primeira é obrigatória, trata-se da revisão da literatura, ou seja, toda leitura que vise a fundamentar a pesquisa como um todo.

II - A segunda é a pesquisa documental ou bibliográfica propriamente dita. Ela ocorre quando os dados de observação são bibliográficos ou documentais em sentido estrito e equivale aos trabalhos de campo e laboratório nas demais pesquisas (RAUEN, 1999).

3 | RAÍZES DO DIREITO EDUCACIONAL

Como assinala Motta (1997, p.55), “o Direito Educacional não é um Direito clássico, nem mesmo um Direito histórico (no sentido de antigo), mas, sim, um Direito civilizado”, ou seja, que só veio a ser definido e aplicado pelos povos civilizados mais recentes, principalmente os da Idade contemporânea.

Inicialmente, era mais costumeiro e consuetudinário, isto é, não escrito e se resumia a princípios gerais.

Da Antiguidade até a época da Revolução Francesa, referências expressas a aspectos do Direito Educacional não apareciam nas constituições.

Em 1971, no preâmbulo da Constituição Francesa, previa-se, entre os chamados “socorros públicos”, a atribuição do Estado de educar menores abandonados. No

corpo dessa Carta, de acordo com Tácito (1988), contava também a criação e a organização da instrução pública, visando oferecer gratuitamente o denominado “ensino indispensável”, para que ele se tornasse comum a todos os cidadãos.

Na Constituição Brasileira de 1824, nos incisos 32 e 33 do art. 179, determinava-se que “a instrução primária é gratuita para todos os cidadãos” e previa-se a criação de “colégios e universidades, onde serão ensinados os elementos das ciências, belas artes e artes” (BRASIL, 1824 apud MOTTA, 1997, p.55).

Segundo Martins (2002), as normas jurídicas relativas à Educação contidas na Constituição de 1824 são regras antecipadoras do direito à educação e das normas de princípio educacional.

No caso da Constituição de 1824, o texto, do ponto de vista constitucional mais rigoroso, mostra-se coerente por apenas disciplinar na ordem jurídica a gratuidade da instrução primária e incluir a criação de colégios e universidades no elenco dos direitos civis e políticos.

O Direito Educacional começa mesmo a tomar corpo em 1917, na Constituição mexicana, tendo seus princípios e normas gerais incluídos nos dispositivos constitucionais de forma mais ampla. Dois anos após a revolução russa de 1917, surge uma nova constituição na qual constam princípios norteadores da educação na Rússia.

No mesmo ato, na Alemanha, com a Constituição de Weimar, em seus artigos 142 a 150, são inseridas entre as normas constitucionais, a gratuidade do ensino primário e profissional, a facultatividade do ensino religioso e a liberdade de atuação da livre iniciativa no campo do ensino. A Constituição Brasileira de 1934 sofreu notória influência da Carta de Weimar.

Martins (2002) afirma que na Constituição de 1934 a Educação recebe espaço expressivo no estado intervencionista.

Isto posto, do ponto de vista do Direito Constitucional, o Estado não reclamaria e educação enquanto disciplina constitucional específica, autônoma.

Segundo Motta (1997) o Direito Educacional Brasileiro tem, em sua base histórica, como pilar básico, o Alvará de D. Sebastião, datado de 1564, o qual fixava uma redízima (parte dos dízimos e direitos de El Rei em todo o Brasil) para os chamados “empreendimentos missionários”. Com esses recursos, Portugal financiava todo o ensino que era desenvolvido pelos jesuítas no Brasil.

Ademais deste alvará, outros instrumentos jurídicos portugueses também possuíam disposições que regulavam o ensino no Brasil, como o *Ratio Studiorum*, a Constituição da Companhia de Jesus, e o Regimento das Missões (1866), mas a base doutrinal deles vem dos juristas portugueses e franceses, bem como das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

O primeiro importante trabalho para a sistematização do Direito Educacional foi de Alberto Teodoro Didio, denominado “Contribuição à Sistematização do Direito Educacional”, visto que, embora a finalidade, expressamente proclamada, dos

dois seminários realizados anteriormente sobre Direito Educacional, ninguém se preocupou, na devida extensão e profundidade, com a visão geral e englobante dessa emergente área dos estudos jurídicos.

Em consonância com a clarificação de Motta (1997), credita-se a ele o pioneirismo na abordagem do assunto, pois, no curso de Especialização em Direito Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo apresentou uma monografia na qual a expressão Direito Educacional é utilizada pela primeira vez: “O Direito Educacional no Brasil e nos Estados Unidos”. Segundo constava na monografia, seu estudo era

[...] apenas uma sondagem, mais exploratória do que sistemática, com o fim de plantar algumas sementes do que, no futuro, se poderá constituir no Direito da Educação, matéria que talvez venha a ganhar autonomia, como ocorreu, por exemplo, com o Direito do Trabalho” (DI DIO, 1982, p.11).

4 | ELEMENTOS PROBATÓRIOS DA EXISTÊNCIA DO DIREITO EDUCACIONAL

Ao se definir se uma disciplina jurídica pode ser considerada autônoma, faz-se mister enquadrá-la, na preleção da lavra de Boaventura (1996), de acordo com o seguinte triptíco de condições:

- a) primeiramente, quando se apresenta suficientemente ampla com bastante extensão de matéria para que mereça um estudo adequado;
- b) em segundo lugar, torna-se necessário que tenha doutrinas homogêneas, dominadas por conceitos gerais, comuns e distintos dos demais aplicados a outras disciplinas; e
- c) por último, é preciso que possua métodos próprios, isto é, procedimentos especiais para a abordagem dos temas e problemas que constituem objeto das suas investigações. (BOAVENTURA, 1996, p.41)

Quanto à extensão da matéria, ela vem se avolumando desde a primeira lei selecionada pelo Imperador D. Pedro I, a 15 de outubro de 1824. Não o bastasse a fértil ação legisferante de âmbito federal, aumentou consideravelmente a partir da década de 1930, com a criação do Ministério da Educação e do Conselho Federal de educação, as unidades da Federação também foram obrigadas a produzir, principalmente em suas secretarias e conselhos estaduais de educação, vasta legislação complementar, a qual, pelo seu volume, obrigou diversos estados a providenciarem suas respectivas consolidações das leis do ensino (MOTTA, 1997).

A cada década posterior à vigência da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 20 de dezembro de 1961, foram se acumulando, tanto na esfera federal quanto estadual e municipal, leis, decretos-lei, decretos, portarias ministeriais, resoluções, pareceres normativos, atos administrativos, instruções, regulamentos, estatutos, regimentos, etc.

Com a alteração da LDB pela Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, novas coletâneas da legislação vigente foram lançadas. O Ministério da Educação também editou várias coletâneas, dentre as quais foram bem divulgadas e utilizadas as seguintes: Do Ensino de 2º Grau; Leis e Pareceres, em 1976, e Do Ensino de 1º Grau; Legislação e Pareceres, em 1979. Durante as décadas de 70, 80 e 90, outras coletâneas sobre legislação estadual e nacional, foram editadas em alguns estados. Outra fonte do Direito Educacional reside nas revistas dadas a lume pelos Conselhos Estaduais de Educação, as quais, ao lado de divulgar os atos normativos de cada estado na área educacional, também publicam estudos, relatórios e pareceres que enriquecem a doutrina em todos os níveis de ensino, especialmente nos do ensino fundamental e médio.

O segundo critério de que fala Boaventura (1996) refere-se de doutrinas homogêneas e peculiares à Educação. A doutrina a respeito é mais ampla do que a bibliografia, pois abrange os comentários dos maiores juristas e constitucionalistas brasileiros sobre o direito à educação e sobre os demais princípios que, historicamente, foram sendo incluídos nas Constituições, principalmente a partir de 1934, como conquistas do povo brasileiro no campo da educação.

O Direito Educacional possui princípios doutrinários que o diferenciam bastante dos demais ramos do direito, mas também adota alguns princípios gerais, muitos deles com enfoques específicos para a área da Educação, como:

- a) obrigatoriedade;
- b) irretroatividade;
- c) hierarquia;
- d) continuidade;
- e) descentralização articulada;
- f) concentração de meios;
- g) progressividade na implantação das leis;
- h) impossibilidade de se alegar ignorância da lei;
- i) inexistência de crime sem lei que o defina;
- j) presunção de inocência do réu até que se prove o contrário; etc.

Nos últimos anos, tem se formado uma extensa jurisprudência de Direito Educacional nas várias instâncias do poder judiciário, inclusive no Supremo Tribunal Federal, onde existem inúmeros acórdãos, especialmente sobre as Medidas Provisórias editadas pelo Poder Executivo Federal nos últimos três anos, que foram alvo de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Essas Medidas Provisórias dispunham sobre mensalidades escolares, inadimplência de alunos e pais de alunos, punições pedagógicas e administrativas, Conselho Nacional de Educação, avaliação das instituições de ensino superior, eleição de reitores de universidades públicas, etc.

(MOTTA, 1997).

Por conseguinte, não procede negar a autonomia ao Direito Educacional, porquanto se faz patente que se verificam, e em quantidade, doutrinas homogêneas, dominadas por conceitos gerais peculiares, a começar pelos próprios conceitos de Educação e de Direito Educacional, bem como e: autonomia universitária, matrícula, autorização e reconhecimento de cursos, credenciamento de instituições, etc.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em derradeiro lugar, importa ressaltar que o Direito Educacional preenche também o terceiro critério, pelo fato de possuir métodos próprios para a abordagem dos temas e problemas que constituem objeto de suas investigações. Outrossim, em relação aos métodos para conhecimento do objeto no Direito Educacional, Boaventura (1996) ressalta:

Doutrinas, princípios, normas, institutos estranhos a outros ramos do direito ordenam e informam a extensão ampla e volumosa das normas, pelos métodos próprios para conhecimento do objeto educacional.

O instrumento metodológico é o meio pelo qual o conhecimento da ciência do Direito Educacional cresce. No particular, educação como disciplina, dispõe de uma série de métodos que são aplicados para o seu crescimento.

É a função da pesquisa educacional.

No que concerne aos procedimentos condizentes com os problemas do Direito Educacional, foram se desenvolvendo padrões de relacionamento professor-aluno e se estabelecendo interrelações pessoais dentro da escola e suas relações com a comunidade.

Muito tem contribuído, metodologicamente, para o desenvolvimento das Ciências da Educação os resultados da pesquisa, particularmente no campo da análise do comportamento humano (BOAVENTURA, 1996, p.45).

Por fim, à medida que se configurar a demanda, os Cursos de Graduação e Pós-Graduação em da Área Jurídica adotarão a disciplina “Direito Educacional”, cujo estatuto epistemológico, ficará, então, plenamente configurado.

REFERÊNCIAS

BOAVENTURA, Edivaldo M. Um ensaio de sistematização do direito educacional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal. v. 33, n. 131, p. 31-57, jul./set. 1996.

DI DIO, Renato Alberto Teodoro. **Contribuição à sistematização do direito educacional**. Taubaté: Universidade de Taubaté. Imprensa Universitária, 1982.

DUARTE, Sérgio Guerra. **Educação brasileira: legislação e jurisprudência do pré-escolar à pós-graduação**. Rio de Janeiro: Antares, 1984.

MARTINS, Vicente. **Direito educacional**. e-BooksBrasil: local, 2002.

MELLO, Celso Antônio bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELO FILHO, Álvaro. Direito educacional: aspectos teóricos e práticos. **Revista do Conselho de educação do Ceará**, Fortaleza, n. 1982-1983.

MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito educacional e educação no século XXI**. Brasília: UNESCO, 1997.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RAUEN, Fábio José. **Elementos de iniciação à pesquisa**: inclui orientações para a referenciação de documentos eletrônicos. Rio do Sul: Nova Era, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Ana Maria Viegas. **Ensino a distância... megatendência atual**: abolindo preconceitos. São Paulo: Editora Imobiliária, 1996.

RUGIU, Antonio Santoni. **Nostalgia do mestre artesão**. São Paulo: Autores Associados, 1998.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 1996.

TÁCITO, Caio. Educação, cultura e tecnologia na constituição. In: **A constituição brasileira de 1988: interpretações**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

AMBIENTE VIRTUAL DE APRENDIZAGEM (AVA) NO INSTITUTO FEDERAL DE RONDÔNIA – IFRO EM CONSONÂNCIA COM A POLÍTICA E A LEGISLAÇÃO EDUCACIONAL

Márcia Sousa de Oliveira

Universidade Federal de Rondônia

Porto Velho – RO

RESUMO: Este artigo tem como proposta fazer uma reflexão a respeito do novo paradigma motivado pelo avanço tecnológico e as perspectivas para a Educação a partir da convergência das inúmeras possibilidades trazidas pelas TICs (Tecnologia da Informação e Comunicação) no âmbito escolar, em especial, a utilização do Ambiente Virtual de Aprendizagem (AVA), no Instituto Federal de Rondônia – IFRO, em consonância com as exigências legislativas educacionais. Nesse contexto, torna-se relevante o desafio que a escola tem de se adequar para incluir novos elementos à prática educacional, a fim de contribuir no ensino-aprendizagem. Contudo, é importante que o professor esteja preparado não só para disseminar informações aos alunos, mas sim, possa permitir que compreendam o processo comunicacional nas suas mais variadas dimensões e o uso consciente dos conteúdos que lhes são apresentados, a fim de torná-los cidadãos críticos diante da realidade que os cerca. Para tanto, não basta ser apenas um professor para mediar os conhecimentos possibilitados através das mídias, é preciso que seja um Educomunicador, pois somente

por meio da Educomunicação se concretiza a função social da escola, como um lugar democrático e aberto à discussão. Este trabalho tem como base teórica Castells (2003), Freire (1983), Lévy (1998), Perrenoud (2000), dentre outros autores.

PALAVRAS-CHAVE: Ambiente Virtual de Aprendizagem (AVA), Educomunicação, função social, tecnologia.

VIRTUAL LEARNING ENVIRONMENT (AVA) AT THE FEDERAL INSTITUTE OF RONDÔNIA - IFRO IN ACCORDANCE WITH EDUCATIONAL POLICY AND LEGISLATION

ABSTRACT: This article has as proposal to reflect on the new paradigm motivated by technological advance and the perspectives for the Education from the convergence of the innumerable possibilities brought by the TICs (Information Technology and Communication) in the school scope, in particular, the use of the Virtual Learning Environment (VLE), in the Federal Institute of Rondônia - IFRO, in accordance with the policies and educational legislative requirements. In this context, it is relevant the challenge that the school has to adapt to include new elements to the educational practice in order to contribute to the teaching and learning. However, it is important that the teacher is prepared not only to disseminate information to the students, but also to enable

them to understand the communicational process in its most varied dimensions and the conscious use of the contents presented to them, in order to make them citizens critical of the reality that surrounds them. To do so, it is not enough to be just a teacher to mediate the knowledge made possible through the media, it must be an Educommunicator, because only through the Educommunication is the social function of the school materialized as a democratic place open to discussion. This work has as theoretical basis Castells (2003), Freire (1983), Lévy (1998), Perrenoud (2000), among other authors.

KEYWORDS: Virtual Learning Environment (AVA), Educommunication, social role, technology.

1 | INTRODUÇÃO

Para realizar a análise sobre educação e comunicação, mediada pelo Ambiente Virtual de Aprendizagem, serão utilizadas como base as reflexões de Paulo Freire em Educação e Mudança, Perrenoud, sobre as 10 novas competências para ensinar, Libâneo com a obra “Adeus professor, adeus professora?”, McQuail no livro “Introducción a la teoría de la comunicación de masas” e Manuel Castells com a Galáxia da Internet. Além de diversos autores que pesquisam sobre a temática.

Quando se pensa no avanço tecnológico e a rapidez com que são transmitidas as informações, que hoje são instantâneas, não tem como a escola ficar alheia a este fato, por isso há o temor de que a partir desse novo paradigma o professor fique subjugado. Pensando nesse novo dilema, busca-se neste artigo uma reflexão acerca da utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação, em especial, o Ambiente Virtual de Aprendizagem adotado pelo Instituto Federal de Rondônia – IFRO para auxiliar os professores nas aulas presenciais e a distância.

No entanto, não se pode utilizar as tecnologias da informação e comunicação de forma despreocupada, é preciso haver um compromisso por parte dos educadores com os educandos a partir das informações repassadas, uma vez que as mesmas terão um impacto decisivo na vida desses alunos, pois, querendo ou não, uma educação básica de qualidade, segundo Libâneo (2017, p. 10-11), deveria comportar as seguintes características: preparação para o mundo do trabalho, formação para a cidadania crítica, preparação para a participação social e formação ética. É, portanto, a função social da escola a partir da prática do professor em sala de aula, ao debater ou discutir temas que estão vigentes na sociedade e que precisam de resolução.

A sociedade em que vivemos é definida por McQuail (1985, p. 64) como a sociedade da informação, uma vez que, a enorme circulação de informações dentro e fora das fronteiras nacionais, o apogeu do saber como fonte de riqueza e poder e a grande dependência dos atuais sistemas econômicos e políticos das tecnologias de informação e comunicação causaram grandes transformações na sociedade. Por isso, os aspectos econômicos, políticos, sociais e educacionais. McQuail (1985, p.

73) ainda destaca os estudos sociológicos realizados nos Estados Unidos pela Escola de Chicago, realizados por Robert Park, para demonstrar as mudanças que a mídia acentuou com a imigração nos Estados Unidos pela ausência de vínculo ou sentido da comunidade.

De acordo com McQuail (1985, p. 90-91), são inúmeros os desafios da perspectiva crítico-social influenciados, inicialmente por Mills (1956) nos Estados Unidos, e em seguida por Marcuse (1964) na Europa. Mills denunciou e descreveu a mídia organizada nos Estados Unidos no pós-guerra como instrumento de poder da elite, para o conformismo da combinação do Estado com a ordem econômica. Já com Marcuse, na Europa, a perspectiva crítico-social atingiu um nível internacional na década de setenta. Nesse segundo momento, os pesquisadores conseguiram “decodificar” as mensagens ideológicas dos espaços de entretenimento e de notícias promovidos pelos meios de comunicação de massa, que buscam legitimar as estruturas de poder estabelecidas e a neutralizar a oposição. Nesse sentido, as ferramentas educacionais que utilizam a internet como fonte de informação e não como fonte de comunicação pode acabar pervertendo a interação entre professores e alunos.

2 | METODOLOGIA

A pesquisa realizada é qualitativa e de cunho bibliográfico. Foram analisados documentos institucionais de implantação do Ambiente Virtual de Aprendizagem (AVA) no Instituto Federal de Rondônia – IFRO. Ainda para a concretização deste trabalho, foi feito um levantamento acerca da Educação a Distância (EaD), Educação e Tecnologia e Educomunicação.

3 | DIREITO NA AMAZÔNIA AS TICS NA EDUCAÇÃO: AMBIENTE VIRTUAL DE APRENDIZAGEM (AVA) NO INSTITUTO FEDERAL DE RONDÔNIA - IFRO

Popularmente conhecido pelos alunos do IFRO como AVA, o Ambiente Virtual de Aprendizagem, é uma plataforma que auxilia o professor em atividades presenciais e não presenciais, que por meio de *softwares* possibilita a criação de cursos cujo acesso se dá pela Internet. O AVA (Ambiente Virtual de Aprendizagem) foi projetado para ajudar professores na administração de conteúdos e controle de acessos dos alunos na realização de atividades, pois permite o acompanhamento da evolução dos alunos nos exercícios propostos, principalmente, porque o professor tem a possibilidade de dar o *feedback* para o aluno e sanar as dúvidas referentes à atividade mediada no ambiente virtual.

O Ambiente Virtual de Aprendizagem é desenvolvido pelo MOODLE, que significa, *Modular Object-Oriented Dynamic Learning Environment*, que corresponde

a um *software* livre que possibilita o ensino-aprendizagem, uma vez que permite a criação de cursos *on-line*, páginas de disciplinas, grupos de trabalho e comunidades de aprendizagem. É, portanto, um meio de interação entre professores e alunos com a finalidade educativa. O fato de estar acessível em 75 línguas distintas facilita a utilização das ferramentas.

Apesar de ser um ambiente virtual, Pinheiro destaca a preocupação com as questões legais e éticas ao acessar a internet ao afirmar que:

Educar na sociedade digital não é apenas ensinar como usar os aparatos tecnológicos no ambiente escolar. Educar é preparar indivíduos adaptáveis e criativos com habilidades que lhe permitam lidar facilmente com a rapidez na fluência de informações, acompanhando as transformações e sendo parte delas, de modo responsável, ético e legal. É preparar cidadãos digitais para um novo mercado de trabalho que exige postura adequada, segurança da informação, respeito às leis, inclusive na Internet. (PINHEIRO, 2007, p. 2)

A segurança da informação é um tema que deve ser discutido nas escolas, pois o significado de liberdade já não é mais o mesmo que a geração analógica viveu. Ao colocar em prática a educação contemporânea da Sociedade Digital, é preciso que o educador compreenda que os jovens da atualidade são muito diferentes dos jovens de uns vinte anos atrás. A Sociedade Digital demanda múltiplas habilidades e desde cedo exerce a liberdade de expressão, assegurada pela nossa Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, IV, que versa sobre a liberdade de manifestação do pensamento (BRASIL, 2017, p. 17), além de ter o mundo inteiro a um click.

Ao falar em liberdade, é interessante que se fale também em cautela, pois segundo Pinheiro (2007, p. 4), com vontade de provar de tudo, as pessoas acabam exorbitando a barreira do que é ético e legal. E apesar de ser um ambiente virtual, não se pode alegar falta de conhecimento de leis acerca do tema. Assim, os educandos devem ser orientados em relação à utilização correta da rede ou tecnologia, e estar preparado para as implicações advindas com o mau uso da rede, principalmente as redes sociais, pois é onde mais está exposta sua vida.

Não se pode esquecer o papel fundamental do gestor, que ao propiciar uma estratégia de comunicação pedagógica leva à instituição e à comunidade sua função social ao prevenir e educar quanto à utilização correta das TICs. Não basta promover a inclusão digital, se faz necessária a Educação Digital, pois do contrário, o simples fato de utilização da tecnologia sem critérios corre o risco de gerar danos irreparáveis, segundo Pinheiro (2007, p. 7).

Pensando em suprir a necessidade de integração das mídias na educação, o Instituto Federal de Rondônia utiliza o Ambiente Virtual de ensino-aprendizagem (AVEA), que pode ser conceituado da seguinte maneira:

O Ambiente de Aprendizagem, ou AVA, é um aplicativo web onde os educadores e alunos podem disponibilizar materiais didáticos, realizar trabalhos escolares, armazenar arquivos privados, enviar mensagens entre os usuários, criar

Certamente este não deve ser o único recurso didático que deve ser empregado pelo professor, pois necessita que haja energia elétrica e laboratório de informática com acesso à internet ou os celulares dos alunos. O professor só não pode é ficar condicionado às tecnologias e esquecer que há outros recursos que possibilitam a aprendizagem dos alunos. É preciso utilizar um meio termo por parte do professor para que não cometa exageros ao utilizar somente uma estratégia de ensino.

Ao contrário do que possa parecer, a palavra virtual não deve ser vista como o oposto de real. De acordo com Lévy (1998, p. 10, tradução nossa), “O virtual tende a atualizar-se, ainda que não se concretize de um modo efetivo ou formal”. Na obra “O que é o virtual?”, o autor explica que virtual se opõe ao que é atual, e que, portanto, virtual é o que potencialmente pode se transformar em atual, segundo a filosofia escolástica, que entende que o virtual é aquilo que existe em potência, mas não em ato. Ainda na mesma obra Lévy (1998, p. 10) traz a procedência da palavra virtual, que vem do latim medieval *virtualis* e provém de *virtus*, que por sua vez significa força, potência.

Merece destaque no livro de Lévy (1998, p. 56) o nascimento das linguagens como a virtualização do presente, sendo a linguagem uma das três virtualizações criadas pela espécie humana. A linguagem é tida em primeiro lugar porque virtualiza um “tempo real” que aprisiona aos vivos no aqui e agora. Assim, com o surgimento da linguagem, os seres humanos passaram a habitar um espaço virtual. Lévy (1998, p. 56) diferencia o tempo humano dos demais da seguinte maneira:

O tempo humano não tem nada a ver com o modo de ser de um parâmetro ou de uma coisa (não é precisamente real), mas sim, no de uma situação aberta. Dentro deste tempo concebido e vivido desta forma, a ação e o pensamento não só consiste em selecionar entre possíveis predeterminados, e sim em reelaborar constantemente uma configuração significativa dos objetivos e as obrigações, em improvisar soluções, em reinterpretar uma atualidade passada que continua nos comprometendo. (LÉVY, 1998, p. 56- 57, tradução nossa)

Finalmente, Lévy (1998, p. 57) afirma que o tempo como extensão completa só existe virtualmente, por isso, o significado de real não pode ser contraposto ao virtual, impossível. Schlemmer (2002, p. 178) reforça a ideia de que os ambientes virtuais favorecem a interação através de uma abordagem metodológica realmente inovadora que compreenda uma construção cooperativa do conhecimento por meio da interdisciplinaridade. A autora também destaca como deve ser a atitude dos educadores ao dizer que:

Para isso, faz-se necessário que educadores despendam esforços para encontrar estratégias que venham aproximar a docência no ensino superior às demandas do mundo atual, a reestruturar seus paradigmas, tentando não perder de vista o aspecto qualitativo da vida acadêmica reflexiva, científica e profissional. É importante, também, que os educadores estabeleçam a articulação de

conhecimentos, relacionando pontos de vista na perspectiva de um pensamento complexo e interdisciplinar, construindo, assim, suporte para a Inteligência Coletiva - contraditória, dialética, ativa e propositiva -, possibilitando um processo de interação que favoreça estratégias de ação cooperativa. (SCHLEMMER, 2002, p. 178)

Desta forma, segundo Quintela (2014, p.32), o ambiente virtual de aprendizagem contribui para a interação entre emissor e receptor.

4 | EDUCAÇÃO, COMUNICAÇÃO E CRITICIDADE

Considerando esse novo panorama tecnológico, Patrik Mendelsohn alerta sobre o papel do professor frente a esse novo mundo do conhecimento em uma revista com o título “Se não se ligar, a escola se desqualificará”:

“As crianças nascem em uma cultura que se clica, e o dever dos professores é inserir-se no universo de seus alunos.”

“Se a escola ministra um ensino que aparentemente não é mais útil para uso externo, corre um risco de desqualificação. Então, como vocês querem que as crianças tenham confiança nela?” (suplemento de informática de L'Hebdo, dezembro de 1997, p. 12 *apud* PERRENOUD, 2000, p. 125, grifo do autor)

É preciso ter muito cuidado com a utilização das tecnologias da informação e da comunicação pelo fato de não só causarem mudanças na forma de comunicar, como também, ao trabalhar, decidir e pensar (PERRENOUD, 2000, p. 125). Ou seja, o papel da escola é fundamental na hora de mediar as informações transmitidas pelos meios de comunicação e fazer com que os alunos possam assimilar tais informações de maneira crítica e não apenas aceitá-las como chegam, sem ao menos refletir sobre a veracidade dos fatos, pois, conforme afirma Perrenoud, não é fácil diferenciar as propostas lúcidas e desinteressadas dos modismos e das estratégias mercantis. Para ter uma ideia do problema, Perrenoud alerta sobre o monopólio da palavra pelos segmentos abaixo:

- vendedores de máquinas, de **softwares** ou de comunicação em busca de mercados, mas principalmente de influências;
- políticos preocupados em não perder a virada informática e telemática, prontos para medidas espetaculares, por menos fundamento que tenham;
- especialistas dos usos escolares das novas tecnologias, autores de **softwares** educativos, formadores em informática e outros gurus da Internet, que procuram obter a adesão de todos à informática, nos moldes da fé e da conversão. (PERRENOUD, 2000, p. 125, grifo do autor)

No processo educativo a comunicação é primordial, como afirma Freire (1983, p. 28), o homem não vive isolado, como uma ilha, é comunicação, comunhão e busca. Assim, só a troca de informações entre professores e alunos não é educação, pois há apenas aceitação por parte do aluno, que não questiona. Freire destaca a necessidade da consciência crítica da seguinte forma:

O desenvolvimento de uma consciência crítica que permite ao homem transformar a realidade se faz cada vez mais urgente. Na medida em que os homens, dentro de sua sociedade, vão respondendo aos desafios do mundo vão temporalizando os espaços geográficos e vão fazendo história pela sua própria atividade criadora. (FREIRE, 1983, p. 33)

Assim, sem uma consciência crítica, Freire (1983, p. 33) garante que o que veremos é uma imitação. A partir do momento em que o ser humano passa a imitar o outro, deixa de ser ele mesmo. Isso também ocorre como a imitação servil em relação a outras culturas produziria uma sociedade alienada ou sociedade objeto, uma vez que perde parte de sua identidade. E quando a sociedade é alienada, enxerga os fatos ao seu redor como os olhos de outrem, em uma realidade imaginária. O problema da imitação é a passividade, na ausência da autocrítica. Porém, para que todos possam expressar sua opinião seria necessária uma sociedade justa, para garantir a oportunidade às massas para que as mesmas possam ter opção, desde que não seja a da elite. Com isso, para ter uma consciência criadora e comunicativa é preciso haver democracia.

Na América Latina, no que tange à educação, ainda existe uma prevalência vertical, em que o professor é o detentor do conhecimento, por isso superior aos demais, que repassa conhecimentos aos ignorantes. Esse tipo de pensamento constitui uma consciência bancária, que segundo Freire, se caracteriza por:

O educando recebe passivamente os conhecimentos, tornando-se um depósito do educador. Educa-se para arquivar o que se deposita. Mas o curioso é que o arquivado é o próprio homem, que perde assim seu poder de criar, se faz menos homem, é uma peça. O destino do homem deve ser criar e transformar o mundo, sendo o sujeito de sua ação. (FREIRE, 1983, p. 38)

Há uma interpretação errônea acerca da consciência bancária, destaca Freire (1983, p. 38), já que, entende-se que quanto mais se deposita informações mais se aprende, todavia, o resultado é na verdade a formação de indivíduos medíocres, sem capacidade de criação. No entanto, quem não se enquadra na consciência bancária é visto como inadaptável e precisa igualar-se aos demais medíocres. O que se encontra nas escolas brasileiras é a consciência ingênua, pois o professor não é desafiado por seus alunos, que devido à passividade aceitam tudo que é dito sem questionar.

Nesse mesmo panorama, na obra as 10 novas competências para ensinar, Perrenoud (2000, p. 125) cita a utilização das novas tecnologias, pois entende que corresponde a uma competência fundada na cultura tecnológica e assim como Freire (1983, p. 38), diz sobre os perigos e limites que as novidades tecnológicas trazem. Perrenoud explica sobre a cultura tecnológica ao dizer que:

Uma cultura tecnológica de base também é necessária para pensar as relações entre a evolução dos instrumentos (informática e hiperídia), as competências intelectuais e a relação como o saber que a escola pretende formar. Pelo menos sob esse ângulo, as tecnologias novas não poderiam ser indiferentes a nenhum professor, por modificarem as maneiras de viver, de se divertir, de se informar, de

trabalhar e de pensar. Tal evolução afeta, portanto, as situações que os alunos enfrentam e enfrentarão, nas quais eles pretensamente mobilizam e mobilizarão o que aprenderam na escola. (PERRENOUD, 2000, p. 138-139)

O saber que a escola pretende formar é um tema constante nas reflexões referentes à educação e tanto Freire como Perrenoud, entendem que a formação crítica dos educandos deve ser tratada com atenção.

4.1 Educomunicação

Com o advento das TICs na educação, os professores precisaram repensar suas práticas pedagógicas, já não dá para atuar em sala de aula com há 20 anos, pois a tecnologia está por toda parte, principalmente, nas mãos dos alunos, por isso, é preciso que os educadores se capacitem para que possam utilizar os recursos tecnológicos com consciência.

Do ponto de vista mais abrangente, até mesmo a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) apresentou uma reflexão sobre a formação do professor frente às TICs. Em um documento intitulado “Padrões de Competência em TIC para Professores, (UNESCO, 2009, p.1 *apud* Nagamini, 2016, p. 14), mostra a importância do professor no uso efetivo da tecnologia durante a escolarização e que desta forma os alunos têm a oportunidade de alcançar complexas capacidades em tecnologia, orientado pelo professor, quem estabelece o ambiente e organiza as oportunidades de aprendizagem, além de facilitar a utilização da tecnologia por parte do aluno para aprender e se comunicar. Para que essa prática se concretize é preciso que o professor se prepare para poder ofertar as possibilidades de aprender aos alunos.

Estamos em ecossistema comunicativo, que de acordo com Martín-Barbero (1996 *apud* Nagamini, 2016, p. 15), corresponde a um ambiente tecnológico e comunicativo que nos envolve com a mescla de várias linguagens e modifica as formas de aquisição do saber e conhecimento. O ecossistema comunicativo se dá a partir das vivências e relações que se estabelecem no mesmo, que pode ser unidirecional, autoritário e anti-dialógico, quando houver uma relação vertical, sem diálogo ou crítica. Nesse posicionamento, os alunos são vistos como uma tábua rasa, que precisam ser preenchidos com os saberes dos professores.

Pensando em mudar esse panorama surge a Educomunicação, que para Soares (2000, p. 12), representa um novo campo, o das mediações. Diferente do que se via anteriormente no ambiente escolar, uma relação vertical. Agora, de acordo com Soares (2000, p. 21), a preocupação social motivada pela inter-relação comunicação/educação, também denominada Educomunicação, que estrutura-se de modo midiático, transdisciplinar e interdiscursivo consolidado na prática pelos atores sociais com vistas a promover a intervenção social.

A teoria das mediações teve destaque no mundo ibero-americano com Martín-

Barbero (1987 *apud* Soares, 2000, p. 22) ao garantir fundamental transformação na pedagogia da educação para os meios. A respeito das mediações, Soares explicita os motivos que motivaram sua expansão:

Trata-se de uma área que vem ganhando grande exposição devido à rápida evolução das descobertas tecnológicas e de sua aplicação ao ensino, tanto o presencial quanto o a distância. Sabemos que os recursos tecnológicos clássicos, como o rádio e a televisão, tiveram dificuldade de ser absorvidos pelo campo da educação, especialmente por seu caráter lúdico e mercantil. (SOARES, 2000, p. 22)

Devido à rejeição por parte de educadores em adotar o rádio e a televisão, essa resistência se estendeu as demais tecnologias até que chegou o computador e mudou essa realidade, pois abarca todas as necessidades laborais de alunos e professores.

Da combinação da Educação e da Comunicação surge a Educomunicação. O primeiro deriva das Ciências Humanas e Sociais, já o segundo, das Ciências Sociais Aplicadas e a interação das duas contribui para o convívio social democrático, que para Nagamini (2016, p. 16-17), é responsável por uma produção e consumo crítico, capaz de promover a cultura inclusiva. Isso só foi possível porque as práticas da Educomunicação se consolidaram a partir da reflexão epistemológica sobre a inter-relação comunicação/educação como elemento cultural emergente, que conforme Soares (2000, p. 23), é uma reflexão acadêmica.

Freire, (1979, p. 60 *apud* Nagamini, 2016, p. 17) define as ações da Educomunicação como sendo inclusivas, democráticas, midiáticas, criativas e consoantes com a perspectiva dialógica de educação, o que antes era dominado pela relação interpessoal vertical, agora é horizontal, já não se fala em transferência de saber, mas sim, em encontro de sujeitos interlocutores que procuram a significação dos significados.

Ao compreender a Educomunicação com uma troca de saberes, é notável a visão que os Educomunicadores possuem. Em pesquisa realizada pelo Prof. Dr. Ismael de Oliveira Soares sobre “O Perfil do Educomunicador” foi verificado que os valores desses profissionais são diferentes dos demais educadores. Assim, Soares destaca:

Dentre os "valores educativos" que dão suporte às "articulações" exercidas pelo profissional do novo campo, destacam-se: a) a opção por se aprender a trabalhar em equipe, respeitando-se as diferenças; b) a valorização do erro como parte do processo de aprendizagem, c) a alimentação de projetos voltados para a transformação social. Um grande número de respostas ao questionário aponta, por fim, como expectativa de resultado, a formação para a cidadania e para ética profissional, objetivando a educação do "cidadão global". (SOARES, 1999, p. 2)

A Educomunicação propõe, portanto, que a escola seja um espaço democrático, aberto às discussões, em que não só a escola é responsável por transformar a realidade da comunidade, e sim a comunidade em parceria com a escola pode sanar

os problemas relativos ao processo educativo.

Depois, em 2004, Soares define o que é Educomunicação ao responder para uma cursista em um encontro promovido pelo projeto Educom.rádio, em São Paulo. A resposta de Soares foi a seguinte:

- 1 - [...] a Educomunicação define-se como um conjunto das ações destinadas a: 1 - integrar às práticas educativas o estudo sistemático dos sistemas de comunicação (cumprir o que solicita os PCNs no que diz respeito a observar como os meios de comunicação agem na sociedade e buscar formas de colaborar com nossos alunos para conviverem com eles de forma positiva, sem se deixarem manipular. Esta é a razão de tantas palestras sobre a comunicação e suas linguagens);
- 2 - criar e fortalecer ecossistemas comunicativos em espaços educativos (o que significa criar e rever as relações de comunicação na escola, entre direção, professores e alunos, bem como da escola para com a comunidade, criando sempre ambientes abertos e democráticos. Muitas das dinâmicas adotadas no Educom apontam para as contradições das formas autoritárias de comunicação);
- 3 - melhorar o coeficiente expressivo e comunicativo das ações educativas (Para tanto, incluímos o rádio como recurso privilegiado, tanto como facilitador no processo de aprendizagem, quanto como recurso de expressão para alunos, professores e membros da comunidade); (SOARES, 2004, p. 1-2)

É possível perceber que a Educomunicação permite à escola ser um lugar democrático e com isso mais perto da comunidade ao permitir ecossistemas comunicativos que são auxiliados pelas tecnologias da informação e comunicação. Ainda que o ambiente de aprendizagem seja virtual, não deve ser menosprezado, pois as interações humanas já não são mais as mesmas.

5 | DISCUSSÃO

A proposta deste artigo foi analisar as questões referentes às TICs, especificamente o Ambiente Virtual de Aprendizagem no Instituto Federal de Rondônia – IFRO, cuja finalidade é contribuir de forma significativa no ensino- aprendizagem a distância, presencial ou semipresencial. É um recurso que auxilia professores e alunos ao permitir que haja uma comunicação/interação entre os atores envolvidos e assim favoreça a participação ativa do aluno, uma vez que é realizado o registro de todas as atividades propostas pelo professor e realizadas pelos alunos.

Todavia, para que as mídias sejam inseridas nas práticas educativas, é preciso que o professor possa repensar suas práticas de ensino e se qualificar, pois do contrário, a escola buscará outro profissional com esse perfil, que aceite e domine as tecnologias, porque na atualidade, quem não se atualiza fica para trás, é uma novidade a cada dia.

6 | RESULTADO

Para resolver essa questão de passividade e aceitação por parte do receptor

sem que seja feita uma análise crítica sobre os fatos noticiados pela mídia, surge a Educomunicação, cuja proposta é transformar a escola em um ambiente de diálogo, em que todos possam participar das discussões em prol da comunidade. Não é a escola que deve resolver os problemas sociais, é necessária uma interação entre escola e comunidade. Dentro da própria escola também é preciso que haja um diálogo entre professores, alunos, gestores, etc, ou seja, todos os atores envolvidos no ambiente escolar. Assim, uma figura importante neste panorama é a do Educomunicador, capaz de realizar trabalhos interdisciplinares, interdiscursivos, que aceita as diferenças e valoriza o conhecimento prévio do aluno.

Ao realizar todas essas reflexões referentes à utilização das TICs na educação, em específico o AVA - Ambiente Virtual de Aprendizagem disponível no Instituto Federal de Rondônia – IFRO, tanto nos cursos a distância quanto nos presenciais e semipresenciais, é possível afirmar que esse recurso se utilizado de forma consciente por professores e alunos pode propiciar uma aprendizagem interativa e dialógica. Como já foi salientado anteriormente, qualquer recurso tecnológico deve ser tratado com cautela por parte de educadores e educandos, pois ainda que seja em ambiente virtual, há regras a serem respeitadas.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma reflexão interessante é sobre as novas linguagens trazidas pelas TICs, que alterou significativamente a forma de comunicação em todos os setores da vida e a escola também se viu afetada por essa nova forma de comunicação. Se antes havia somente o emissor e o receptor, hoje, há vários emissores e vários receptores ao mesmo tempo, já que vivemos em rede e estamos conectados.

O fato de estarmos conectados facilita a troca de informações, mas não quer dizer se seja efetivamente comunicação, uma vez que existe uma diferença entre ambas as palavras. Quando se transmite uma informação, não há uma discussão sobre a mesma, apenas é recepcionada sem nenhum posicionamento crítico. Já a comunicação, que de acordo com Freire (1983, p. 28) é comunhão, requer um diálogo entre o emissor e o receptor, por isso é democrática e justa.

Outro dado importante diz respeito ao tempo, que segundo Lévy (1998), o tempo humano não é real, com a utilização das TICs houve uma virtualização do tempo, são muitas informações simultâneas, e para que as pessoas se atualizem sobre todas as notícias do dia é necessário desprender bastante tempo do seu dia para que possa dar conta de todas as informações e isso acaba tornando as pessoas dependentes das mídias. E o pior é que devido à rapidez com que são postas as informações o receptor não consegue fazer um juízo de valores e acaba aceitando as notícias conforme a mídia bem entende, muitas vezes, ou quase sempre, manipulando.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, Supremo Tribunal Federal – Secretaria de documentação, 2017.
- _____. Ministério da Educação. **Manual Moodle** – Virtual IFRO: Versão do aluno. Ji-Paraná, 2015.
- CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2003.
- FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. Tradução Moacir Gadotti e Lilian Lopes Martin. ed. 7. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1983.
- IFRO. **Ambiente Virtual de Aprendizagem do Instituto Federal já é realidade em Rondônia**. Disponível em: <<http://www.ifro.edu.br/site/noticias/ambiente-virtual-de-aprendizagem-do-instituto-federal-ja-e-realidade-em-rondonia/?p=4891&article2pdf=1>>. Acesso em: 20 dez. de 2017.
- _____. **Ambiente Virtual de Aprendizagem é disponibilizado para alunos de Ariquemes**. Disponível em: <<http://www.ifro.edu.br/site/?p=7295>>. Acesso em: 20 dez. de 2017.
- LÉVY, Pierre. *¿Qué es lo virtual?* Tradução Espanhol Diego Levis. Barcelona: Paidós, 1998.
- LIBÂNIO, José Carlos. **Adeus professor, adeus professor? - Novas exigências educacionais e profissão docente**. ed. 13. São Paulo: Editora Cortez, 2017.
- MCQUAIL, Denis. **Introducción a la teoría de la comunicación de masas**. Traducción Patrick Ducher. ed. 3. Barcelona: Editora Paidós Ibérica, 1985.
- NAGAMINI, Eliana (org.). **Série Comunicação e Educação** – Processos educativos na interface Comunicação e Educação. V. 2. Ilhéus/Bahia: UESC, 2016.
- PERRENOUD, Philippe. **Dez novas competências para ensinar**. Tradução Patrícia Chittoni Ramos. Porto Alegre: Artmed, 2000.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **Boas práticas legais no uso da tecnologia dentro e fora da sala de aula** - Guia rápido para as instituições educacionais. São Paulo, 2007.
- QUINTELA, Ariádne Joseane Félix; ZAMBERLAN, Miguel Fabrício. **Ambientação para EaD** – Informática para Internet. Cuiabá: Ed. UFMT, 2014.
- SCHLEMMER, Eliane. **AVA: Um ambiente de Convivência Interacionista Sistemático para Comunidades Virtuais na Cultura da Aprendizagem**. Porto Alegre. Outubro de 2002.
- SOARES, Ismar de Oliveira. **Mas, afinal, o que é Educomunicação?**. Disponível em: <<http://www.usp.br/nce/wcp/arq/textos/27.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2017.
- _____. **O perfil do Educomunicador**. 1999. Disponível em: <<http://www.usp.br/nce/wcp/arq/textos/29.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2017.
- _____. **Educomunicação: um campo de mediações**. P.12-24. São Paulo, 2000. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2000/09/Educomunicacao-um-campo-de-mediacoes.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2017.

UMA REFLEXÃO SOBRE A FORMAÇÃO DE UM OPERADOR DO DIREITO

Vitória Regina Maia Castelo Branco

Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

Manaus – AM

RESUMO: Este artigo defende a tese de que arte e ciência possuem linguagens distintas, mas complementares e essenciais à formação de um operador do Direito. Para tanto, apresenta-se um recorte de uma pesquisa qualitativa desenvolvida com objetivo de compreender a narrativa de sociedade presente em uma série televisiva para, posteriormente, analisar as possibilidades, o alcance e a funcionalidade de elementos audiovisuais como contexto à interpretação de narrativas jurídicas. O recorte apresentado refere-se a uma das ações investigativas que analisa um seriado televisivo, a partir das ideias de Weber. Utiliza-se dos princípios da Hermenêutica para compreender a narrativa de sociedade e os enunciados presentes no episódio denominado *Momento Waldo*. Para a captação dos enunciados foi fundamental a elaboração de um referencial de codificação. Tal referencial é um instrumento fundamentado teoricamente que contém elementos narrativos e serve de guia para a compreensão do fenômeno em estudo. Os resultados preliminares permitem dizer que arte e ciência, ainda que vistas como narrativas

opostas, não são mutuamente excludentes e podem se tornar elementos complementares na formação de um operador do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Ação social; Narrativas expressivas; Momento *Waldo*.

A REFLECTION ON THE FORMATION OF AN OPERATOR OF THE LAW

ABSTRACT: This article defends the idea that art and science have different languages, but complementary and essential to the formation of an operator of the law. To this end, we present a study of a qualitative research developed in order to understand the narrative of society present in a television series to later analyze the possibilities, scope and functionality of cinematography elements as a context to the interpretation of legal narratives. The present excerpt refers to one of the investigative actions that analyzes a television series, based on Weber's ideas. The principles of hermeneutics are used to understand the narrative of society and the utterances present in the episode named *Waldo moment*. In order to capture the utterances, the elaboration of a referential coding was fundamental. This referential is a theoretically grounded instrument that contains narrative elements and serves as a guide for understanding the phenomenon under study. The preliminary results allow us to say that art

and science, even though viewed as opposing narratives, are not mutually exclusive and can become complementary elements in the formation of an operator of the law.

KEYWORDS: Social action; Expressive narratives; *Waldo* Moment.

1 | INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, um operador do Direito é visto como um agente do pensamento erudito que lida diariamente com a interpretação de normas. No entanto, considerando o Direito como um ramo da Sociologia, particularmente como uma Ciência Social Aplicada e reconhecendo seu caráter interdisciplinar pode-se perceber que a criatividade e o pensamento estético, próprio da arte, muitas vezes, tornam-se veículos para a promoção do conhecimento racional que define a Ciência e compõe o Direito.

A percepção do caráter interdisciplinar e a efetivação de ações formativas que agreguem o senso estético ao caráter normativo, predominante nos cursos de Direito, “não é uma atitude fácil para a maioria dos docentes, pois sua formação e sua cultura estão fundamentadas em organizações curriculares tradicionais” (MASETTO; ZUKOWSKY-TAVARES, 2013, p. 43). Embora, não tão frequentes, as iniciativas que inovam nesse universo possibilitam ao aluno do Direito, uma ampliação do olhar para o mundo que não pode ser compreendido única e exclusivamente a partir de um padrão normativo semanticamente preciso.

Nesse sentido, apresenta-se uma reflexão oriunda das ações de uma pesquisa que tem o objetivo de compreender a narrativa de sociedade presente em uma série televisiva para, posteriormente, analisar as possibilidades, o alcance e a funcionalidade de elementos audiovisuais como contexto à interpretação de narrativas jurídicas com o intuito de mostrar que arte e ciência possuem linguagens distintas, mas não mutuamente excludentes, importantes à formação de um operador do Direito.

Os resultados preliminares decorrem de um recorte dessa pesquisa no qual estabelece-se uma discussão pautada nas ideias de Max Weber, sobre a ação social, conduta humana dotada de sentido subjetivo, presente no episódio número três, denominado Momento *Waldo*, da série *Black Mirror*. Trata-se de um seriado de ficção científica, divulgada pela plataforma *Netflix*, composta de treze episódios que compõem as três primeiras temporadas, onde a tecnologia ganha destaque como um potencializador da natureza humana para o bem ou para o mal.

2 | PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O estudo se insere no âmbito das pesquisas de natureza qualitativa por ter como interesse central “a maneira como as pessoas espontaneamente se expressam

e falam sobre o que é importante para elas e como elas pensam sobre suas ações e as dos outros” na realidade investigada, no caso, um seriado televisivo (BAUER; GASKELL, 2012, p. 21).

A pesquisa qualitativa, desde a segunda metade do século XX, vêm se distanciando cada vez mais de uma compreensão racionalista de construção do conhecimento. Em consequência, vários métodos de pesquisa surgiram, na tentativa de apresentar uma compreensão diferenciada de ser humano na sua historicidade e capacidade de influenciar e ser influenciado pelo meio no qual está inserido. Essa multiplicidade de modos de pensar e fazer a pesquisa qualitativa se justifica, entre outros aspectos, em função dos diferentes contextos físicos, históricos, sociais, econômicos, etc., nos quais pesquisas qualitativas podem se desenvolver. (COSTA; SOUZA; LUCENA, 2015, p. 728).

No caso particular desse estudo, o ambiente escolhido para *locus* da pesquisa, embora seja um contexto criado, imaginado pelos autores da serie televisiva, expressa, por meio das ações de seus personagens, características de uma sociedade muito contemporânea, tal qual acontece no Brasil em períodos eleitorais.

Os pressupostos metodológicos que direcionam a pesquisa são de caráter qualitativo, pois os dados coletados são predominantemente descritivos, com foco no processo e atenção especial no significado que os personagens dão as narrativas com a intenção de perceber suas perspectivas (CRESWEL, 2016).

Prioritariamente analítico, o estudo utiliza-se dos princípios da Hermenêutica para compreender a narrativa presente em um dos episódios da serie televisiva *Black Mirror* escrita por Charles Brooker. Pois, a hermenêutica possibilita investigar “os enunciados sob a perspectiva de que estes são resultados de um modo de pensar e de compreender o mundo” e permite a interpretação de uma realidade (IAMUNDO, 2017, p. 21).

É a partir da interpretação de uma realidade que o pesquisador arquiteta seu texto que, para Ghedin e Franco (2008, p. 153), é uma construção que ocorre “na relação com o contexto, produz uma forma de dizer o mundo, uma linguagem que busca interpretar e significar as coisas, o que se funde indissolivelmente no todo do enunciado”. Assim sendo, faz-se necessário atentar à teia de relações que conforma o objeto da pesquisa para evitar que a interpretação seja construída de modo fragmentado, pois “o enunciado situa-se no cruzamento excepcionalmente importante de uma problemática” (GHEDIN; FRANCO, 2008, p. 156).

Para a captação dos enunciados foram fundamentais os aportes metodológicos encontrados em Rose (2012) que indica a necessidade de um referencial de codificação. Tal referencial é um instrumento fundamentado teoricamente que contém elementos narrativos e serve de guia para a compreensão do fenômeno em estudo. Nessa pesquisa, particularmente para o episódio analisado – Momento *Waldo* –, a fundamentação teórica do referencial de codificação pauta-se nas ideias de Max Weber sobre ação social.

Nessa perspectiva, fez-se necessário uma postura plural para assistir, analisar e compreender a narrativa presente no episódio a partir das ideias weberianas. Nesse processo, pode-se perceber que a trama abre possibilidades para múltiplas interpretações envolvendo o direito, a ética e outras áreas do conhecimento.

3 | MOMENTO WALDO A LUZ DAS IDEIAS WEBERIANAS

O enredo presente no episódio *Momento Waldo* apresenta um comediante fracassado que dubla um urso animado chamado *Waldo* em um programa de televisão. Esse comediante se envolve em uma trama política quando seu personagem se candidata a um cargo eletivo.

Ambientada em uma sociedade aparentemente corrupta com políticos envolvidos em denúncias de pedofilia, a trama traz como personagens centrais o comediante *Jamie Salter* insatisfeito com seu emprego, a jovem *Gwendolyn Harris* com pretensões artísticas que vê na política uma oportunidade para atingir a fama e o ex-ministro da cultura e candidato a deputado *Liam Monroe* dito “conservador”.

Vendo a popularidade de *Waldo*, o diretor de uma equipe de TV tenta convencer *Jamie* a lançar a candidatura do urso alegando que todos estão furiosos com o *status quo*, com os rumos que a sociedade tomou e que *Waldo* deu voz à população.

No entanto, no transcorrer do episódio, o comediante que dubla o urso se vê diante de um dilema de prosseguir ou não com uma campanha ofensiva para eleger o seu personagem, o urso *Waldo*, que ganha popularidade entre todas as faixas etárias da população, principalmente entre os jovens, por mostrar de forma cômica e agressiva os pontos fracos de seus adversários.

Por se encontrar envolvido emocionalmente com a jovem candidata, o comediante acaba abandonando o seu posto de dublador de *Waldo* por tomar consciência que as ações do urso não são éticas nem politicamente corretas, mas que mesmo assim conquista a intenção de voto de muitos eleitores. Ao tentar mostrar à população que *Waldo* não é real e que as pessoas devem votar em *Harris* ou em *Monroe*, tem sua intenção frustrada quando o diretor do programa assume a dublagem do urso e incita a população a agredir *Jamie*.

Ferido e hospitalizado, *Jamie* assiste pela TV a divulgação do resultado das eleições a qual confirma que *Waldo* se tornou a mascote dos votos de protesto, pois apesar de *Monroe* ter ganhado a eleição, *Waldo* conquistou a segunda colocação e *Harris* conseguiu apenas a terceira posição no pleito.

A trama mostra as consequências das ações dos indivíduos que podem influenciar, determinar e perpetuar relações de poder. Essa compreensão origina-se da análise das relações estabelecidas no episódio, a partir das ideias de Weber (1979), isto é, partindo de uma visão micro, das experiências individuais, para entender o sentido das ações dos indivíduos em sociedade.

A sociedade, para Weber (1999), pode ser compreendida como um conjunto de ações individuais, ou seja, a ação social, é mutuamente orientada pela ação dos indivíduos e só existe quando esse indivíduo tenta estabelecer algum tipo de comunicação, a partir de suas ações com os outros. Desse modo, suas atitudes são transformadas pela sociedade que cada um vive.

A ação, no pensamento weberiano, é

[...] toda conduta humana (ato, omissão, permissão) dotada de um significado subjetivo dado por quem a executa e quem orienta essa ação. Quando tal orientação tem em vista a ação – passada, presente ou futura – de outro ou de outros agentes que podem ser “individualizados e conhecidos ou uma pluralidade de indivíduos indeterminados e completamente desconhecidos” – o público, a audiência de um programa, a família do agente etc. – a ação passa a ser definida como social. (QUINTANEIRO; BARBOSA; OLIVEIRA, 2002, p. 114).

Inicialmente, para estabelecer uma primeira classificação da ação social Weber levou em consideração

a natureza da racionalidade segmentada em relação aos fins e valores envolvidos no processo desta ação. A ação social de um indivíduo ou grupo será entendida como racional em relação a fins se, para atingir um objetivo previamente definido, lançar-se mão dos meios adequados e necessários. É o caso de uma conduta científica ou de uma ação econômica (modelos típicos de ação que permitem uma interpretação racional). (MORAES; FILHO; DIAS, 2003, p. 62).

O episódio Momento *Waldo* mostra ação social no âmbito de uma disputa eletiva, evidenciando que os eleitores definem seu voto a partir da ação de um indivíduo (opiniões do urso animado) e que apesar de discordarem da situação política vivenciada na cidade, não conseguem ter suas próprias ações.

De acordo com Moraes, Filho e Dias (2003), a ação social pode ser evitada ou aceita pelo indivíduo, mas para ser compreendida necessita ser dotada de sentido. Weber (1979) admite que durante o desenvolvimento da ação possa ocorrer interferências emocionais, irracionais, equívocos etc. Por isso, definiu quatro tipos de ações sociais, conceitos que explicam a realidade social: irracional (tradição e emotiva), racional (por fins e por valores).

No episódio analisado percebe-se a ação racional com relação a fins nas atitudes da personagem *Harris*, pois esta, para atingir seu objetivo (alcançar a fama), usa os meios necessários combinando-os e avaliando-os segundo seu próprio ponto de vista. No caso, ela se utiliza de uma plataforma política apenas para tentar ganhar fama e chegar à televisão.

Nas atitudes do comediante é possível identificar a ação social racional em relação a valores, pois este, ao desistir de seu trabalho, age de acordo com suas próprias convicções, levando em conta somente sua fidelidade a tais valores e não se importando com a possibilidade de ter fama e dinheiro a partir de seu trabalho como dublador de *Waldo*.

Na trama também é perceptível a concepção de poder defendida por Weber. Para esse sociólogo poder é a possibilidade de influenciar a conduta por imposição da vontade nas relações sociais e classifica-os em três tipos: carismático, tradicional e racional, as quais exercem relações de dominação. Quanto à dominação carismática, exercida no episódio por *Waldo*,

pode-se dizer que ela está centrada na crença da santidade, do heroísmo ou exemplaridade (arquétipo) de determinada personalidade e nas ordenações ou regras por ela criadas ou reveladas por meio da **devoção**, como dizia Weber. (MORAES; FILHO; DIAS, 2003, p. 66, grifo do autor).

No episódio Momento *Waldo*, o poder carismático é evidenciado nas ações do urso animado que, devido a um carisma – nada ético –, conquista milhares de eleitores e se torna uma referência de um futuro melhor. A narrativa presente na trama evidencia como ações particulares influenciam na formação da identidade de grupo e na formulação de certas posições morais, constituindo-se assim, elemento catalisador da interpretação jurídica.

Na comunidade jurídica é sabido que o direito é muito mais que a soma de suas regras, ordens e decretos. Simplesmente ler as regras não é o suficiente para a compreensão do direito. Noções como legitimidade, justiça e direitos fundamentais – que estão fora do alcance da literalidade da lei – desempenham um papel fundamental que vai além do meramente textual: possuem uma existência contextual e são ingredientes centrais na estrutura narrativa do direito. (NOJIRI; CESTARI, p. 185).

Desse modo, pode-se pensar nas narrativas cinematográficas e televisivas como meios para o desenvolvimento das interpretações jurídicas, plausíveis de serem inseridas na formação de um operador do Direito, pois tais práticas expressivas não são meramente descritivas e isentas de intenção e interpretação podendo, inclusive, influenciar e/ou criar consciências coletivas e expectativas para a legislação e normas vigentes. Isto porque, tais narrativas podem ser analisadas em três dimensões de intencionalidade: a pensada, a executada e a alcançada.

No episódio Momento *Waldo*, essas três dimensões entram em conflito a partir do momento em que um personagem tenta romper e modificar uma ação do tipo afetivo, ou seja, “inspirada em emoções e medidas, tais como orgulho, inveja, desespero, vingança etc., e não leva em consideração os meios ou fins a atingir” (MORAES; FILHO; DIAS, 2003, p. 63).

Ao tentar pôr fim a ação do urso *Waldo*, o comediante (dublador desse personagem) desencadeia um conflito entre a intencionalidade da ação primeira (a ação pensada), com a executada e seus resultados de modo que evidencia a disputa de poder e o choque entre uma ação afetiva e uma racional. Esse cenário se configura um espaço frutífero para o exercício da análise e da reflexão de um operador do Direito, pois mostra que a aplicação das normas estabelecidas nem sempre é sinônimo de

justiça aos olhos de uma sociedade. Muitas vezes, é necessário ir além, imbuir-se de prismas diversos para olhar as relações, as situações, os fatos, concernentes aos desafios contemporâneos da sociedade e isso, pede novos olhares à formação de um operador do Direito.

4 | A FORMAÇÃO DE UM OPERADOR DO DIREITO

A indagação sobre os espaços e os modos contemporâneos de formação de um operador do Direito cresce na medida em que a sociedade, impulsionada, em parte, pela revolução tecnológica, se modifica, ganha novos significados e permite novas interpretações da ação social.

De certo,

as emoções e sensações, intrinsecamente ligadas à experiência concreta de indivíduos particulares, são absolutamente incapazes de orientar nossa ação sobre o mundo. Presos às enganosas particularidades dos fenômenos, seríamos incapazes de compreender e expressar as leis gerais e imutáveis que movem o Universo – e isso é indispensável para que o possamos amoldar às nossas necessidades e desejos. Essa é a função da ciência. É por isso que ela precisa submeter a aparente entropia do real a um *método* e a uma *disciplina*. (GHIRARDI, 2015, p. 32).

Advogar novas formas e espaços de formar os operadores do Direito não exclui a primazia do bem pensar e para isso é imperativo a obediência a um método. No entanto, é necessário refletir sobre os limites da racionalidade científica que, muitas vezes, desconsidera, descarta, invalida, fontes como a tradição, fato que, de acordo com as ideias de Weber pode tornar a visão do mundo desencantada, fragmentada e asséptica.

No ensino do Direito, pouco a pouco, as estratégias de formação atentam para as implicações dessa visão desencantada de mundo e reconhecem que

o conhecimento teórico somente ganha relevância em função da aplicabilidade prática. A discussão crítica do sistema jurídico continua importante, desde que seja possível vislumbrar nela algum sentido aplicativo. (FEFERBAUM; GHIRARDI, 2012, p. 75).

Historicamente, o ensino do Direito não acompanha as transformações que ocorrem na sociedade e se configura em um processo excessivamente legalista, imbuído de uma linguagem altamente formalista e distante da realidade vivida pelos sujeitos que o usam. De modo geral, o ensino do Direito pode ser descrito como um curso onde as

disciplinas dogmáticas são importantes porque fundamentam o Direito positivo, mas elas sozinhas não desenvolvem o senso crítico e o raciocínio do jurista, visto que ele, quando restrito à dogmática, acaba ficando preso ao texto a lei.

Tradicionalmente, o ensino do Direito sempre deu um peso maior às disciplinas dogmáticas e, quando propôs a introdução de disciplinas zetéticas, o fez sem maior preocupação de articulação com a dogmática, muitas vezes em uma clara hierarquização de saberes nos quais os conteúdos dogmáticos eram priorizados. (ALMEIDA; SOUZA; CAMARGO, 2013, p. 20).

De certo que o ensino do Direito necessita estar alicerçado em uma matriz teórica bem definida, mas isso não inviabiliza as contribuições de teorias de outras áreas, pois ainda que o “o foco disciplinar deva prevalecer a fim de auferir rigor e consistência metodológica à pesquisa, o mesmo não pode dotar-se de hermetismo absoluto que marginalize disciplinas outras que, pontualmente, podem fornecer meios de compreensão pertinentes” (MEDEIROS, 2016, p. 349) à compreensão da diversidade de fenômenos estudados.

Nesse sentido, destaca-se o ínfimo diálogo entre as disciplinas dogmáticas e zetéticas, além da quase inexistência de prática transdisciplinar como fatores que, de certa forma, limitam a formação de um operador do Direito. Como prática transdisciplinar considera-se a abertura ao diálogo, com as demais disciplinas das ciências sociais e até com outras áreas do conhecimento.

Em suma, a transdisciplinaridade é uma postura que deve ser considerada. Todavia, ela deve ser praticada com a devida parcimônia a fim de não comprometer a qualidade científica das análises que dela resultam. Se o objetivo-mor do cientista é explicar algum fenômeno, ele deve se munir dos dispositivos necessários para compreendê-lo. Sem preconceito e com todo rigor. Mas claro está: a ausência de uma linguagem transdisciplinar comum surge, provavelmente, como o maior desafio a ser vencido. (MEDEIROS, 2016, p. 353)

Uma formação na perspectiva advogada não perde em cientificidade, ao contrário, permite a integração de saberes e ações diversas seja por meio do ensino, da aplicação de um exercício ou da pesquisa para a interpretação de um fenômeno e isso, no mínimo, permite que o operador em formação amplie sua percepção sobre o Direito.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A trama do episódio *Momento Waldo* é permeada de ações e relações humanas complexas que não podem ser compreendidas unicamente pela disciplinaridade de um conjunto de normas jurídicas. Isso abre espaço para se pensar na formação de um operador do Direito para além das interpretações de questões a partir da concepção de legalidade fundamentada na lei, na doutrina e na jurisprudência brasileiras atuais.

A experiência de assistir um seriado com um olhar analítico, a partir de determinadas ideias teóricas, é uma experiência intrigante e desafiadora para um futuro operador do Direito. Esse tipo de narrativa expressiva, geralmente, amplia o poder de interpretação, pois apresenta as questões jurídicas de modo mais concreto,

mostram mais de um ponto de vista, mobiliza referenciais jurídicos e estimula a capacidade intuitiva do telespectador.

Nessa direção, pensa-se ser importante uma formação jurídica que não se funde apenas em critérios técnicos, mas que viabilize ao futuro profissional do Direito o desenvolvimento de práticas transdisciplinares, de um raciocínio sensível, pois a tarefa interpretativa requer muito mais que a memorização de fórmulas jurídicas, pede, no âmbito de uma jurisprudência, o julgamento de ações humanas, individuais e/ou coletivas, cuja humanidade lhe confere sempre um caráter de complexidade que, inegavelmente, permeia a arte em todas as suas formas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. SOUZA, A. L. D.; CAMARGO, S. B. Direito e Realidade: Desafios para o Ensino Jurídico. In: GHIRARDI, J. G.; FEFERBAUM, M. (Orgs). **Ensino do direito em debate**: reflexões a partir do 1º Seminário Ensino Jurídico e Formação Docente. São Paulo: Direito GV, 2013. (Série pesquisa Direito GV). p. 19-32.

BAUER, M. W.; GASKELL, G. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**: um manual prático. Tradução Pedrinho A. Guareschi; Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

COSTA, L. F. M.; SOUZA, E. G.; LUCENA, I. C, R. Complexidade e Pesquisa Qualitativa: questões de método. **Perspectivas da Educação Matemática** – UFMS – v. 8, número temático, 2015, p.727-748.

CRESWEL, J. W. **Projeto de Pesquisa**: métodos qualitativo e quantitativo e misto. Porto Alegre: Artmed, 2016.

FEFERBAUM, M.; GHIRARDI, J. G. (Orgs). **Ensino do direito para um mundo em transformação**. São Paulo: Fundação Getulio Vargas, 2012. (Coleção acadêmica livre. Série didáticos)

GHEDIN, E.; FRANCO, M. A. S. **Questões de método na construção da pesquisa em educação**. São Paulo: Cortez, 2008.

GHIRARDI, J. G. **Ainda precisamos da sala de aula?** [livro eletrônico]: inovação tecnológica, metodologias de ensino e desenho institucional nas faculdades de Direito. São Paulo: FGV, 2015.

IAMUNDO, E. **Hermenêutica e hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MASETTO, M. T.; ZUKOWSKY-TAVARES, C. In: GHIRARDI, J. G.; FEFERBAUM, M. (Orgs.). **Ensino do direito em debate**: reflexões a partir do 1º Seminário Ensino Jurídico e Formação Docente. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 33-46.

MEDEIROS, M. de A. A postura da transdisciplinaridade: entre o direito internacional e as relações internacionais. In: BADIN, M. R. S.; BRITO, A. S. de; VENTURA, D. de F. L. (Orgs.). **Direito global e suas alternativas metodológicas** [recurso eletrônico]: primeiros passos. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 349-356.

MORAES, L. F. R.; FILHO, A. M.; DIAS, D. V. O Paradigma Weberiano da Ação Social: um ensaio sobre a compreensão do sentido, a criação de tipos ideais e suas aplicações na teoria organizacional. **Revista de Administração Contemporânea**, vol.7, nº 2, Curitiba abr/jun, p. 57-71, 2003.

NOJIRI, S.; CESTARI, R. Interdisciplinaridade: o que o direito pode aprender com o cinema. In: CADEMARTORI, D. M. L.; POLI, L. C.; BOAS, R. V. V. (Coord.). **Direito arte e literatura**.

Florianópolis: CONPEDI, 2015.

QUINTANEIRO, T.; BARBOSA, M. L. O.; OLIVEIRA, M. G. M. **Um Toque de Clássicos**: Marx, Durkheim e Weber. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ROSE, D. Análise de imagens em movimento. In: BAUER, M. W.; GASKELL, G. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**: um manual prático. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p.343-364.

WEBER, M. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Brasília, DF: UnB: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WEBER, M. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

QUALIDADE DE ENSINO NAS FACULDADES DE DIREITO DO BRASIL E O FUTURO ADVOGADO

Hélio da Fonseca Cardoso

Advogado especialista em Direitos do Consumidor, Engenheiro Mecânico, MBA em Gestão de Negócios pelo IPEP, Pós-graduado em Perícias de Engenharia e Avaliações e Perito Judicial.heliocardos@ig.com.br.

João Luís Lopes Cardoso

Advogado especialista em Direito Cível e de Família, Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pós-graduando em Aperfeiçoamento em Formação Política do Estado pela Escola do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Joaoluiscardoso4@gmail.com.

RESUMO: Objeto da pesquisa – Qualidade de ensino nas Faculdades de Direito do Brasil.

Justificativa da relevância temática – Preocupação com a qualidade dos profissionais de Direito.

A metodologia de pesquisa, as hipóteses (objetivos) – Pesquisa sobre a realidade geral do aprendizado de Direito nas Faculdades do Brasil.

Resultados finais ou parciais obtidos – Demonstrar o fraco desempenho dos bacharéis em Direito na busca da aprovação em exames da Ordem dos Advogados do Brasil em função da qualidade do ensino nas Faculdades Brasileiras.

O Sonho profissional de um estudante do Curso

de Direito é que em um futuro próximo, cinco anos, possa se tornar um Advogado ou outro profissional da área jurídica. Mas no decorrer do tempo percebe que nem tudo faz parte daquele sonho.

PALAVRAS-CHAVE: faculdade; direito; ensino; qualidade; futuro.

QUALITY OF EDUCATION IN BRAZIL'S LAW COLLECTIONS AND THE LAW FUTURE

ABSTRACT: Object of the research - Quality of teaching at Brazilian Law Schools.

Justification of thematic relevance - Concern about the quality of legal professionals.

The research methodology, the hypotheses (objectives) - Research on the general reality of law learning at the Faculties of Brazil.

Final or partial results obtained - Demonstrate the poor performance of law graduates in seeking the approval of exams by the Brazilian Bar Association due to the quality of teaching at Brazilian Colleges.

The professional dream of a law school student is that in the near future, five years, he may become a lawyer or other legal professional. But over time you realize that not everything is part of that dream.

KEYWORDS: college; right; teaching; quality; future.

1 | INTRODUÇÃO

A qualidade do ensino superior na área do Direito tem caído de forma crítica, fato que denotou nos últimos exames de ordem no Brasil, a aprovação de menos de quinze por cento dos candidatos.

Importante citar que acertar apenas cinquenta por cento das questões objetivas e que abarcam as já seria suficiente para que pudessem passar para a prova prática profissional, ou seja, a segunda fase do exame.

Na segunda fase, apesar de específica e discursiva para cada área do Direito (Administrativo, Cível, Constitucional, Empresarial, Penal, do Trabalho e Tributário) com a apresentação de uma peça e resposta a quatro questões subdivididas em itens, é possível a utilização da legislação pertinente, desde que atendidas as especificações determinadas pelas entidades aplicadoras das provas e pela própria OAB (Ordem dos Advogados do Brasil).

2 | QUALIDADE DO ENSINO

2.1 Professores

Quanto à qualidade dos professores, podemos dizer duas coisas importantes, os baixos valores de remuneração pelas aulas ministradas e a obrigatoriedade quase que em cem por cento de um título de Mestrado ou Doutorado. Em alguns casos excepcionais são admitidos títulos de especialista, ou seja, apenas com cursos de pós graduação.

Quanto à exigência de Mestrado ou Doutorado não significa que os títulos adquiridos estejam estritamente ligados à área de docência.

Desta maneira, temos mestres e doutores em disciplinas que não são aquelas que estão ministrando, ou seja, apesar de ministradas por profissionais gabaritados, o conteúdo apresentado pode não estar totalmente de acordo com o requerido na matéria aplicada.

2.2 Faculdades

A quantidade de Faculdades de Direito no Brasil tem crescido de forma absurda nos últimos anos. Tal aumento tem gerado uma guerra entre as entidades, inclusive com a redução dos valores das mensalidades aplicadas e a possibilidade de cursos que são aplicados quase que totalmente à distância.

Não queremos dizer com isso que os cursos à distância não tenham qualidade, porém, as dificuldades de aprendizado existem e não são poucas.

Não bastassem esses problemas, durante e ao final do curso, o aluno deve apresentar uma série de exigências, tais como: horas de estudo complementares, estágio supervisionado, Trabalho de Conclusão de Curso dentre outras. Todas estas atividades são solicitadas de forma clara para que os alunos as façam com

discernimento e conhecimento técnico aplicado?

Mais especificamente, os Trabalhos de Conclusão de Curso são acompanhados de perto pelos seus Supervisores? Existe um olho clínico sobre estes trabalhos? Com a quantidade de alunos existentes em tantas faculdades de Direito espalhadas pelo país, me parece que não existe um acompanhamento individualizado e rigoroso.

2.3 Cursos Preparatórios para os Exames da OAB

Durante os últimos semestres do curso de graduação, surge uma outra dúvida cruel para os alunos, precisa ou não de complemento ou revisão daqueles adquiridos durante o curso.

Surge aí a busca por um curso preparatório para o exame de ordem em busca do sonho de se tornar um advogado.

Da mesma forma que ocorreu o crescimento do número de faculdades de Direito no Brasil, o mesmo aconteceu em relação aos cursos preparatórios. Presenciais ou à distância.

Os problemas inerentes à qualidade são idênticos aos apresentados nas faculdades, inclusive no que diz respeito aos preços e aos professores, porém, podemos dizer que não causam tanto impacto, uma vez que são eletivos e não obrigatórios.

3 | CONCLUSÃO

Ao final o aluno é submetido ao rigorosíssimo exame da Ordem dos Advogados do Brasil, necessário pelo nível das escolas de Direito.

Acreditamos que o rigor deveria ser aplicado nas Faculdades antes de se formarem bacharéis despreparados para exercerem as funções de Advogado ou outra qualquer outra função da área jurídica, mas nos parece que se optou pela ampliação das faculdades e redução da qualidade do ensino.

Desta forma, é formada semestralmente uma grande quantidade de bacharéis, porém, somente uma pequena parte deles é conduzida à nobre profissão Jurídica.

ENGLISH VERSION

1 | INTRODUCTION

The quality of higher education in the field of law has been falling critically, a fact that in the last examinations of order in Brazil, the approval of less than fifteen percent of candidates has been approved.

It is important to mention that just 50 percent of the objective questions that

cover the right questions would be enough to pass the professional practice test, that is, the second phase of the exam.

In the second phase, although specific and discursive for each area of law (Administrative, Civil, Constitutional, Business, Criminal, Labor and Tax) with the presentation of a piece and answer to four questions subdivided into items, it is possible to use the relevant legislation, provided that the specifications determined by the entities applying the evidence and by the Brazilian Bar Association (OAB) itself are met.

2 | QUALITY OF EDUCATION

2.1 Professors

As for the quality of teachers, we can say two important things, the low values of remuneration for the classes taught and the compulsory almost one hundred percent of a Masters or Doctorate degree. In some exceptional cases specialist titles are allowed, ie only with postgraduate courses.

As for the requirement of Master or Doctorate does not mean that the acquired titles are strictly linked to the air of teaching.

Thus, we have masters and doctors in disciplines that are not those they are ministering, that is, although supervised by qualified professionals, the content presented may not be fully in accordance with the required subject matter.

2.2 Universities

The number of law schools in Brazil has grown absurdly in recent years. This increase has generated a war between the entities, including the reduction of the monthly fees and the possibility of courses that are applied almost entirely at a distance.

This is not to say that distance learning courses are not quality, but learning difficulties exist and are not few.

If these problems were not enough, during the course and at the end of the course, the student must present a series of requirements, such as: complementary study hours, supervised internship, Course Completion Work, among others. Are all these activities clearly requested for students to do with discernment and applied technical knowledge?

More specifically, are Course Completion Works closely monitored by their Supervisors? Is there a clinical eye on these jobs? With the number of students in so many law schools across the country, it seems to me that there is no individualized and rigorous monitoring.

2.3 Preparatory Courses for OAB Exams

During the last semesters of the undergraduate course, another cruel question arises for students, whether or not they need to complement or review those acquired during the course.

Then comes the search for a preparatory course for the order exam in pursuit of the dream of becoming a lawyer.

Just as there was an increase in the number of law schools in Brazil, so did preparatory courses. In person or at a distance.

The problems inherent in quality are identical to those presented in colleges, including as regards pricing and teachers, but we can say that they do not have as much impact as they are elective rather than compulsory.

3 | CONCLUSION

At the end the student is subjected to the most rigorous examination of the Brazilian Bar Association, required by the level of law schools.

We believe that the rigor should be applied in the Faculties before graduating bachelors unprepared to perform the functions of Lawyer or any other function of the legal area, but we seem to have chosen to expand the faculties and reduce the quality of teaching.

Thus, a large number of bachelors are formed every six months, but only a small part of them are led to the noble legal profession.

10ENVOLVER E JUVENTUDE: EMPODERAMENTO DO GRUPO UNIJOVENS, OUSADIA & ALEGRIA DE SANTA LUZIA, CRISÓLITA/MG

Valéria Cristina da Costa

GEPAF Vales – Universidade Federal dos Vales
do Jequitinhonha e Mucuri
Teófilo Otoni – MG

Luís Ricardo de Souza Corrêa

GEPAF Vales – Universidade Federal dos Vales
do Jequitinhonha e Mucuri
Teófilo Otoni – MG

Larissa Maria de Souza

GEPAF Vales – Universidade Federal dos Vales
do Jequitinhonha e Mucuri
Teófilo Otoni – MG

André Luiz Nascimento Dias

Instituto Cultural In-Cena
Teófilo Otoni – MG

Leonel de Oliveira Pinheiro

GEPAF Vales – Universidade Federal dos Vales
do Jequitinhonha e Mucuri
Teófilo Otoni – MG

Deliene Fracete Gutierrez

GEPAF Vales – Universidade Federal dos Vales
do Jequitinhonha e Mucuri
Teófilo Otoni – MG

Jamerson Pereira Duarte

GEPAF Vales – Universidade Federal dos Vales
do Jequitinhonha e Mucuri
Teófilo Otoni – MG

Daniela Luiz da Silva

GEPAF Vales – Universidade Federal dos Vales
do Jequitinhonha e Mucuri
Teófilo Otoni – MG

Thamyres Rafaelly Antunes

GEPAF Vales – Universidade Federal dos Vales
do Jequitinhonha e Mucuri
Teófilo Otoni – MG

Juliana Lemes da Cruz

GEPAF Vales – Universidade Federal dos Vales
do Jequitinhonha e Mucuri
Teófilo Otoni – MG

RESUMO: Desde janeiro de 2013, o Projeto 10ENVOLVER vem sendo realizado nos dez municípios de menor Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM, 2001) do estado de Minas Gerais. O Grupo de Extensão e Pesquisa em Agricultura Familiar nos Vales do Jequitinhonha e Mucuri (GEPAF Vales) tem atuado nos municípios mais próximos geograficamente, que são Monte Formoso, Bertópolis, Crisólita, Novo Oriente de Minas e Setubinha, sendo o primeiro situado no Vale do Jequitinhonha e os demais no Vale do Mucuri. O 10ENVOLVER visa contribuir com o fortalecimento das instâncias de participação popular, uma vez que uma melhoria na participação das pessoas nestas instâncias pode potencializar um aumento do IDH-M dos municípios em questão. Na execução deste projeto, a demanda por capacitação foi identificada e o GEPAF Vales foi relacionado como importante parceiro na criação de espaços

de capacitação referentes aos mais diversos temas. Para atender esta demanda, o GEPAF Vales vem realizando ações de capacitação nestes municípios. No presente texto, serão relatadas as oficinas de capacitação promovidas pelo GEPAF Vales no Projeto 10ENVOLVER, no período de 2018 até o momento, junto ao Grupo Unijovens, Ousadia & Alegria, de Santa Luzia, distrito de Crisólita. Tais espaços de capacitação podem contribuir muito para o empoderamento dos participantes, por meio da construção de seus próprios conhecimentos, num processo de ação e reflexão. O número de oficinas ofertadas, no entanto, ainda não foi suficiente para atender todas as demandas apontadas pelos jovens, de forma que se pretende dar continuidade a este projeto.

PALAVRAS-CHAVE: 10ENVOLVER, oficinas, capacitação.

10ENVOLVER AND YOUTH: EMPOWERMENT OF THE UNIJOVENS, OUSADIA & ALEGRIA GROUP OF SANTA LUZIA, CRISÓLITA/MG

ABSTRACT: Since January 2013, the 10ENVOLVER Project has been carried out in the ten municipalities with the lowest Municipal Human Development Index (IDHM, 2001) in the state of Minas Gerais. The Extension and Research Group on Family Agriculture in the Jequitinhonha and Mucuri Valleys (GEPAF Valleys) has been active in the nearest geographically located municipalities, which are Monte Formoso, Bertópolis, Crisólita, Novo Oriente de Minas and Setubinha, being the first mentioned county being located in the Jequitinhonha Valley and the others in the Mucuri Valley. The 10ENVOLVER Project aims to contribute to the strengthening of popular participation, since an improvement in the participation of people in these spheres can boost an increase in the HDI-M of the municipalities involved. In the execution of this project, the demand for training was identified and the GEPAF Vales was related as an important partner in the creation of training spaces referring to the most diverse topics. To meet this demand, GEPAF Vales has been carrying out training actions in these municipalities. In the present text, it will be reported the training workshops promoted by GEPAF Vales in the 10ENVOLVER Project, with Unijovens, Ousadia & Alegria Group, of Santa Luzia, district of Crisólita, from 2018 up to the present moment. Such training spaces can greatly contribute to the empowerment of the participants, through the construction of their own knowledge, in a process of action and reflection. However, the number of workshops offered was not yet enough to meet all the demands pointed out by the young, so that it is intended to continue this project.

KEYWORDS: 10ENVOLVER, workshops, training.

1 | INTRODUÇÃO

Desde janeiro de 2013, o Projeto 10ENVOLVER vem sendo realizado nos dez municípios mineiros de menor IDH-M (Índice de Desenvolvimento Humano Municipal) do estado de Minas Gerais. Tal projeto é fruto de uma parceria entre a Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais (CIMOS) do Ministério Público do Estado de Minas

Gerais (MPMG), a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), a Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes) e a Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri (UFVJM), por meio do GEPAF Vales (Grupo de Extensão e Pesquisa em Agricultura Familiar nos Vales do Jequitinhonha e Mucuri).

O 10ENVOLVER visa contribuir com o fortalecimento das instâncias de participação popular, uma vez que se tem o entendimento que uma melhoria na participação das pessoas nestas instâncias pode potencializar um aumento do IDH-M dos municípios em questão. Os dados de IDH-M considerados foram os referentes ao ano de 2001, publicados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. De acordo com estes dados, 05 dos 10 municípios de menor IDH-M de Minas Gerais estão localizados na Região Norte (Bonito de Minas, Fruta de Leite, Gameleiras, Indaiabira e Pai Pedro), um no Vale do Jequitinhonha (Monte Formoso) e quatro municípios se encontram no Vale do Mucuri (Bertópolis, Crisólita, Novo Oriente de Minas e Setubinha). O GEPAF Vales tem atuado nos municípios dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri.

A primeira etapa do projeto teve duração até setembro de 2014. O objetivo desta etapa foi realizar um diagnóstico das instâncias de participação popular dos dez municípios e contribuir na construção de Planos de Ações para que as dificuldades detectadas pudessem ser superadas. A partir deste momento, a atuação nos municípios passou a ser diferenciada e os relatos seguintes se restringem às ações realizadas pelo GEPAF Vales nos municípios dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri mencionados anteriormente e que são alvo do projeto.

Para a realização do diagnóstico das instâncias de participação popular, o GEPAF Vales utilizou duas metodologias distintas. A primeira delas consistiu na coleta de dados, por meio da aplicação de questionários a representantes de todas as instâncias de participação popular identificadas nos municípios, bem como a todas as escolas em que foram encontradas pessoas que pudessem responder pelas mesmas no momento em que foram visitadas.

Como etapa seguinte do diagnóstico, foram organizadas e realizadas oficinas em que foram utilizadas técnicas de Diagnóstico Rápido Participativo (DRP), para o levantamento de mais informações sobre as instâncias identificadas a partir da aplicação dos questionários. O DRP é descrito por Chambers *et al.* (1995), como um “conjunto crescente de enfoques e métodos para permitir que a população local partilhe, aperfeiçoe e analise seus conhecimentos sobre sua vida e condições com o fim de planejar e agir”. As técnicas de DRP utilizadas foram o Diagrama de Venn e a FOFA (Fortalezas, Oportunidades, Fraquezas e Ameaças), descritas por Verdejo (2010). As oficinas foram realizadas com duas instâncias de cada município, selecionadas por sorteio, sendo que uma dessas instâncias de cada município obrigatoriamente foi um conselho municipal.

As informações levantadas foram validadas junto às instâncias de participação popular por meio da apresentação sistematizada das mesmas em reuniões realizadas

em cada município para esta finalidade. A partir destas informações, os presentes foram distribuídos em cinco grupos e desafiados a identificarem ações e parceiros que pudessem contribuir para que as dificuldades identificadas fossem superadas. Para o trabalho nos grupos, foram distribuídos textos base produzidos a partir dos seguintes eixos presentes no questionário (caracterização institucional, organização institucional, estrutura da instituição, atividades das instituições e parcerias institucionais).

A etapa seguinte consistiu na sistematização dos Planos de Ações de todos os municípios. Identificou-se que todas as ações levantadas poderiam ser organizadas em quatro categorias (Assessoria contábil, jurídica e técnica, Capacitação, Transparência e Fortalecimento), sendo muitas destas ações comuns a dois ou mais municípios.

Na categoria Capacitação, o GEPAF Vales e a UFVJM foram destacados como parceiros por todos os municípios. As demandas de capacitação são diversas, como pode ser observado a seguir: cursos para garantir a permanência dos jovens na zona rural, capacitação sobre o funcionamento das associações, elaboração de projetos e captação de recursos para as associações, capacitação e sensibilização sobre a importância das associações, dos conselhos e da participação popular, sobre direitos e deveres do cidadão e controle social e cursos que possam contribuir com o desenvolvimento das associações (técnicas agrícolas, artesanato, meio ambiente e informática).

Considerando que estes espaços de capacitação de representantes de conselhos municipais e associações podem contribuir para o empoderamento da comunidade e são uma demanda dela mesma, apontada durante a realização do 10ENVOLVER, considerando que empoderar significa “conquista de vez e voz, por indivíduos, organizações e comunidades, de modo que esses tenham elevados níveis de informação, autonomia e capacidade de fazer suas próprias escolhas culturais, políticas e econômicas” (LISBOA, 2000 apud HOROCHOVSKI & MEIRELLES, 2007), que as universidades e outras instituições podem contribuir com o processo de empoderamento e que ele pode ser mais efetivo se realizado de forma comunitária, tendo a mediação como um princípio, o GEPAF Vales seguiu realizando ações de capacitação desde 2014 até o momento.

Sendo assim, no presente texto, serão relatadas as oficinas de capacitação promovidas pelo GEPAF Vales no Projeto 10ENVOLVER, no período de 2018 até o momento, junto ao Grupo Unijovens, Ousadia & Alegria, de Santa Luzia, distrito de Crisólita. Vale ressaltar que, antes de 2018, já tinham sido realizadas outras 05 oficinas com este público, sobre os temas: Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e estratégias de participação popular; Quem não se comunica se "estrumbica"; Gênero e Diversidade; Discutindo a vida por meio da arte e Hip Hop e juventude. Tais oficinas estão descritas em Costa *et al.* (2018).

2 | RELATOS SOBRE AS OFICINAS REALIZADAS ENTRE 2018 E 2019

De 2018 a 2019, foram realizadas 05 oficinas sobre os temas Liberdade, Violência, Consumo/Consumismo, Arte e Meio Ambiente.

Na realização das oficinas, os presentes sempre foram muito incentivados a se manifestarem pois, conforme Freire (1987), “não é no silêncio que os homens se fazem, mas na palavra, no trabalho, na ação-reflexão”.

Nestas oficinas, a arte, em especial o teatro, foi uma ferramenta amplamente utilizada. Ele é muito importante para promover reflexões sobre diversos assuntos. Segundo Boal (2005),

o teatro deve trazer felicidade, deve ajudar-nos a conhecermos melhor a nós mesmos e ao nosso tempo. O nosso desejo é o de melhor conhecer o mundo que habitamos, para que possamos transformá-lo da melhor maneira. O teatro é uma forma de conhecimento e deve ser também um meio de transformar a sociedade. Pode nos ajudar a construir o futuro, em vez de mansamente esperarmos por ele (BOAL, 2005).

A seguir, serão descritas, de forma mais detalhada, cada uma dessas oficinas, organizadas em ordem cronológica.

2.1 Liberdade

Esta oficina (Figuras 01 e 02) foi realizada no dia 03 de julho de 2018. Nela, foi discutido o tema Liberdade e realizada a Performance (In)versos, a partir do poema "Pela manhã", de autoria de Vanessa Juliana da Silva. Além disso, foi promovida uma discussão para que os temas das próximas oficinas fossem escolhidos por eles. Os temas eleitos pelos jovens foram os seguintes: arte, ciência, consumo, direitos humanos e sociais, estudos/Enem/formação profissional, religiosidade e violência.



Figura 01. Oficina sobre o tema Liberdade (Foto: Valéria Cristina da Costa)



Figura 02. Oficina sobre o tema Liberdade (Foto: Valéria Cristina da Costa)

2.2 Violência

Esta oficina (Figuras 03 e 04) foi realizada no dia 17 de agosto de 2018. Nela, contou-se com a presença do ator e advogado Joviano Mayer, do Grupo Espaço Comum Luiz Estrela, de Belo Horizonte. Foi abordado o tema Violência, por meio de jogos e técnicas teatrais do método Teatro do Oprimido.



Figura 03. Oficina sobre o tema Violência (Foto: Valéria Cristina da Costa)



Figura 04. Oficina sobre o tema Violência (Foto: Valéria Cristina da Costa)

2.3 Consumismo

Esta oficina foi realizada no dia 28 de setembro de 2018. Nela, foi debatido o tema Consumo/Consumismo. Inicialmente, houve uma introdução ao tema. Em seguida, os jovens se reuniram em grupos e montaram cenas teatrais (Figuras 05 e 06) sobre esta temática, considerando o roteiro a seguir:

- a) O consumismo prejudica o meio ambiente? Se sim, como isto ocorre?
- b) O que nos motiva a consumir cada vez mais?
- c) Todos os seres humanos tem acessos a bens de consumo forma igual? [Bem de consumo é um bem que tem o objetivo de satisfazer as necessidades de consumo de um indivíduo]
- d) Quem é mais consumista: homem, mulher ou criança?
- e) Será que o consumismo pode nos deixar mesmo menos solidários e menos interessados pelos problemas coletivos? Se sim, destaque exemplos em que isso ocorre.
- f) Quais os impactos do capitalismo para os trabalhadores?



Figura 05. Cena construída sobre Consumo/Consumismo (Foto: Valéria Cristina da Costa)



Figura 06. Cena construída sobre Consumo/Consumismo (Foto: Valéria Cristina da Costa)

A partir das apresentações das cenas teatrais, o assunto foi discutido de forma mais profunda, trazendo à tona teorias e reflexões de diversos autores sobre o mesmo. A oficina foi finalizada com o poema "Eu, etiqueta", de Carlos Drummond de Andrade.

2.4 Arte

Esta oficina foi realizada no dia 23 de novembro de 2018. Foi abordado o tema Arte, por meio da leitura do livro *Rasgos na Alma* (Figuras 07 e 08), de autoria de Edileila Portes.



Figura 07. Oficina sobre o tema Arte (Foto: Larissa Maria de Souza)



Figura 08. Oficina sobre o tema Arte (Foto: Larissa Maria de Souza)

Também foram construídas cenas teatrais em que os participantes puderam expressar suas opiniões sobre o projeto, considerando o roteiro a seguir:

- a) Esse projeto é importante para você e para os jovens de Santa Luzia? Se sim, por que ele é importante?
- b) Este projeto deve continuar em 2019?
- c) Este projeto provocou alguma alteração em sua forma de pensar algum assunto? Em caso afirmativo, relate/expressse isso na cena teatral por meio de algum exemplo.

d) O que pode ser alterado na forma de executar este projeto para que ele possa ser melhor? Expresse esta avaliação na cena teatral.

A partir destas cenas, foi possível observar que tal projeto contribuiu no empoderamento destes jovens. Um ponto que foi destacado em duas das três cenas construídas foi o fato de que o projeto colaborou na aceitação e valorização de suas próprias características. Um exemplo dado foi a aceitação da negritude por parte das jovens, que passaram a valorizar as características da raça negra como, por exemplo, o fato de terem cabelos crespos. Muitas relataram que deixaram de fazer alisamento e que agora se acham bonitas com os cabelos que possuem. Ainda segundo relatos de uma jovem, o 10ENVOLVER garantia aos participantes um espaço de liberdade de expressão, às vezes pouco frequente em outros espaços que eles ocupavam, como a casa e a escola. Por fim, ainda segundo esta jovem, o 10ENVOLVER despertou nela curiosidade para "aprender mais coisas, muito mais."

2.5 Meio Ambiente

Esta oficina foi realizada no dia 24 de maio de 2019. Nela, foi abordado o tema Meio Ambiente, por meio da construção de cenas teatrais. Para tal, foram distribuídas duas charges que tinham relação com o tema para cada grupo participante. Tais grupos construíram as cenas a partir destas charges (Figuras 09 e 10) e as apresentaram aos demais presentes. Em seguida, foi promovido o debate em que todos os participantes puderam expressar suas opiniões sobre o tema, em especial, sobre os impactos ambientais, sociais e econômicos da Agricultura Convencional e a Agroecologia como alternativa a esta agricultura extremamente impactante; o modo de produção capitalista e a condição do trabalhador e do ambiente neste modelo; as empresas e os impactos ambientais e sociais provocados por elas; a importância das políticas sociais e a importância da manutenção dos recursos hídricos.



Figura 09. Construção de cena sobre Meio Ambiente (Foto: Larissa Maria de Souza)



Figura 10. Construção de cena sobre Meio Ambiente (Foto: Larissa Maria de Souza)

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das ações realizadas, foi possível perceber que os sujeitos envolvidos se tornaram mais empoderados e passaram a ter maior conhecimento sobre o papel que exercem na sociedade e sobre a importância do respeito às diferenças entre os seres humanos e do respeito ao meio ambiente, que não deve ser pensado apenas como fonte de matérias-primas, mas como um ser vivo que merece cuidado. Outro fator de destaque é que os sujeitos envolvidos tem demonstrado interesse pelo projeto e por sua continuidade.

Por fim, o número de oficinas ofertadas, no entanto, não foi suficiente para atender todas as demandas apontadas pelos jovens, de forma que se pretende dar continuidade a este processo de capacitação.

4 | AGRADECIMENTOS

Agradecemos à Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, à Pró-Reitoria de Extensão e Cultura da Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, ao Programa de Apoio à Extensão Universitária MEC/SESu e à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil pelo apoio e financiamento ao Projeto 10ENVOLVER.

Agradecemos também aos diversos parceiros que contribuíram com este projeto, dentre eles destacamos os agricultores familiares, sindicatos de trabalhadores rurais, as organizações populares, associações, conselhos municipais e poder público dos municípios envolvidos, o Instituto Estadual de Florestas de Teófilo Otoni, a Polícia Militar Ambiental de Teófilo Otoni, a EMATER/regional de Teófilo Otoni, o Instituto Cultural In-Cena e o Observatório dos Direitos da Mulher dos Vales do Jequitinhonha

e Mucuri, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Região Sudeste), a Rede de Jovens Comunicadores do Semiárido Mineiro, o Levante Popular da Juventude de Teófilo Otoni e o Centro de Referência de Assistência Social de Santa Luzia, Crisólita.

REFERÊNCIAS

BOAL, A. Teatro do Oprimido e outras poéticas políticas. 7 ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CHAMBERS, R.; GUIJT, I. DRP: depois de cinco anos, como estamos agora? **Revista Bosques, Árvores e Comunidades Rurais**, n. 26, p. 4-15, 1995.

COSTA, V. C.; PINHEIRO, L. O.; CORRÊA, L. R. S.; SOUZA, P. J. Q.; SOUZA, A. R. Q.; SOUZA, A. O.; SANTOS, C. D. R.; GUTIERREZ, D. F.; SANTOS, E. B.; GOMES, E. R.; LIMA, G. S.; CRUZ, J. L.; SILVA, K. M.; PINHEIRO, L. O.; VERONESI, M. L. S.; LÁUAR NETO, N. M. 10ENVOLVER: Fortalecendo a participação popular em cinco municípios de menor IDH-M do Estado de Minas Gerais. In: DALAZOANA, K. (org.) **Políticas públicas e o desenvolvimento da ciência** [recurso eletrônico]. Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2018.

FREIRE, P. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

HOROCHOVSKI, R. R.; MEIRELLES, G. Problematizando o conceito de empoderamento. In: **Anais do II Seminário Nacional Movimentos Sociais, Participação e Democracia**. UFSC, Florianópolis, Brasil, 2007.

LISBOA, T. K. **Heroínas em luta na conquista de suas glórias: um estudo sobre o processo de 'empoderamento' das mulheres nas comunidades de periferia de Florianópolis**. 2000, 390 p. Tese (Mestrado em Sociologia). Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2000.

VERDEJO, M. E. **Diagnóstico Rural Participativo: guia prático DRP**. Brasília: MDA/Secretaria da Agricultura Familiar, 2007.

DESVELANDO A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DO RISCO PARA ADEQUADA GESTÃO DO NANOWASTE

Daniele Weber S. Leal

Doutoranda (bolsista Capes/Proex) e Mestre em Direito Público pela Unisinos. Integrante grupo de pesquisa JUSNANO (Cnpq). Professora universitária na FACCAT e UNIFTEC. Porto Alegre -RS

Raquel Von Hohendorff

Doutora e Mestre em Direito Público pela Unisinos. Integrante grupo de pesquisa JUSNANO (Cnpq). Professora universitária na graduação e pós-graduação da Unisinos. São Leopoldo-RS.

Artigo adaptado da publicação “Um novo alerta nanotecnológico: da evolução das teorias sobre risco para adequada gestão do nanowaste”, Conpedi.

RESUMO: Vivencia-se a era nanotecnológica, com seus grandes avanços benéficos e incertezas científicas, cujo risco é o mais preocupante. Dada a complexidade, importante acompanhar a evolução das Teorias do Risco e analisar alternativas regulatórias. Um novo alerta está voltado ao nanowaste. Como é possível contextualizar a evolução (nano) tecnológica nas Teorias do Risco e de que modo é possível promover uma gestão do risco quanto ao nanowaste? Baseado na precaução, resposta adequada seria uma (auto) regulação atualizada, elaborando o Direito uma flexibilização, adotando instrumentos com potencial regulatórios elaborados de

outros sistemas. Busca-se minimizar possível dano ambiental através da gestão do risco do nanowaste.

PALAVRAS-CHAVE: Nanotecnologias; resíduos nanotecnológicos; nanowaste; Risco; regulação; teorias do risco.

UNVEILING THE EVOLUTION OF RISK THEORIES FOR PROPER NANOWASTE MANAGEMENT

ABSTRACT: The nanotechnology era is lived, with its great beneficial advances and scientific uncertainties, whose risk is the most worrying. Given the complexity, it is important to follow the evolution of Risk Theories and to analyze regulatory alternatives. A new alert is focused on nanowaste. How is it possible to contextualise the (nano) technological evolution in Risk Theories and how can nanowaste risk management be promoted? Based on precaution, an adequate response would be an updated (self) regulation, elaborating the Law a flexibilization, adopting instruments with regulatory potential elaborated from other systems. It seeks to minimize possible environmental damage through nanowaste risk management.

KEYWORDS: Nanotechnologies; nanotechnology waste; nanowaste; Risk; regulation; theories of risk.

1 | INTRODUÇÃO

Observa-se atualmente a complexidade das nanotecnologias, que vem permeada por dúvidas, inquietações, incertezas científicas e promessas maravilhosas das benesses desta nova tecnologia. A era nanotecnológica é uma realidade, com demandas antes sequer imaginadas, dada a particularidade das propriedades em escala nano, com as quais o Direito está sendo convocado para solucionar adequadamente estas resoluções, buscando alternativas regulatórias, ante a ausência legislativa específica para o desenvolvimento dos nanoproductos. Como consequência da crescente produção e consumo das nanotecnologias vislumbra-se um novo problema, os resíduos nanotecnológicos. De que maneira este descarte inadequado pode prejudicar o meio ambiente?

Assim, em paralelo às benesses e promessas inovadoras das nanos estão os potenciais danos ao meio ambiente e vida humana. Necessário apresentar esse viés de pesquisa, a fim de promover um desenvolvimento mais seguro e sustentável, resguardado as futuras gerações. Urge que se conheça então a inserção das nanotecnologias no contexto do risco. Portanto, abordará esta investigação a evolução das teorias do risco, a fim de viabilizar uma adoção de alternativas regulatórias que realizem a gestão dos resíduos nanotecnológicos, o *nanowaste*. Com finalidade de fomentar a gestão do risco, apresentar-se-á ainda as diferentes formas de regulação. A proposta de estudo se dará através da metodologia sistêmico-construtivista (FERRARI, 2015). Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, buscando realizar a revisão das publicações em livros, artigos científicos e sítios oficiais da internet.

Para tanto, necessário que se parta de um prévio conhecimento acerca das nanotecnologias e o potencial risco; ademais, apresentar-se-á a evolução das Teorias do Risco, a fim de contextualizar as nanotecnologias nesta conjuntura. Por fim, será exposta alternativa regulatória e organizações internacionais que estão elaborando instrumentos com potencial regulatório, fomentando o movimento de adequação e flexibilização do Sistema do Direito, para que ele promova respostas adequadas à nova complexidade apresentada. Portanto, o problema que se pretende enfrentar neste artigo poderá ser assim circunscrito: Qual o atual cenário das nanotecnologias frente ao risco, especificamente sobre os resíduos nanotecnológicos? Tal faceta é conhecida e enfrentada pelo Sistema do Direito? Como é possível contextualizar a evolução (nano)tecnológica nas Teorias do Risco? E diante das novas demandas e incerteza científica quanto aos possíveis danos ao ecossistema (ante o descarte inadequado do *nanowaste*), de que modo é possível promover uma gestão do risco adequadamente? Busca-se assim minimizar o possível dano ambiental e às futuras gerações através da gestão do risco do *nanowaste*, validando diretrizes autorregulatórias que se baseiam em estudos específicos sobre nanomateriais e resíduos.

2 | OS RISCOS NANOTECNOLÓGICOS E O ALERTA À NOVA QUESTÃO: O NANOWASTE

Desde o início deste século XXI presencia-se a utilização cada vez maior das nanotecnologias. Foi o físico norte-americano Feynman (2002) considerado o profeta da nanotecnociência, cuja profecia foi anunciada em sua palestra *There is a plenty of room at the bottom* - Há mais espaços lá embaixo (tradução nossa), em dezembro de 1959. Naquela ocasião, o cientista abordou praticamente todos os conceitos importantes da nanotecnociência, embora sem nominá-la dessa forma. Uma das ideias defendidas seria que possibilitar-se-ia condensar, na cabeça de um alfinete, todos os 24 volumes da *Enciclopédia Britânica*, vislumbrando as futuras descobertas na fabricação de sistemas em escala atômica e molecular (FEYNMANN, 2002). A nanotecnologia é a manipulação da matéria em uma escala quase atômica para produzir novas estruturas, materiais e dispositivos. Esta tecnologia tem a capacidade de transformar muitas indústrias e pode ser aplicado de diversas maneiras a áreas que vão desde a medicina à fabricação (DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, 2009). Portanto, vislumbra-se na atualidade uma atenção por parte do Direito às nanotecnologias. Somente para demonstrar a gama de produtos existentes em nível global, é possível apresentar os números gerais registrados pela *Nanotechnology Products Database* (NPD) - Base de Dados de Produtos de Nanotecnologia (tradução nossa) -, criada em janeiro de 2016. Com a finalidade de se tornar uma fonte de informação confiável, acreditada e atualizada para a análise e caracterização de produtos nanotecnológicos (ou seja, nanoprodutos) introduzidos nos mercados globais, cataloga-se e registra-se toda capacidade de produção de nanotecnologia desenvolvida no mundo. Com base então na NPD, pode-se afirmar que atualmente existem 8219 produtos com nanotecnologias, produzidos por 1941 companhias, oriundos de 56 países (INTRODUCTION NPD, 2018). Situam-se as nanotecnologias como parte integrante da Quarta Revolução Industrial, diagnosticando a realidade desta nova tecnologia, dados sobre seu surgimento, usos e aplicações nas mais diferentes áreas do conhecimento humano (SCHWAB, 2016, p.11).

Tendo em vista a grande evolução desta nova tecnologia, pode-se constatar a necessidade de maior debate sobre elas, ressaltando a ausência de regulação específica para as nanos, o que incompatibiliza os preceitos do Princípio da precaução, indispensável neste contexto de incertezas científicas. Assim, urge que se fomente o debate e maior esclarecimento sobre o viés do risco das nanotecnologias, principalmente quando se chama atenção para uma nova questão: os resíduos nanotecnológicos. Incide neste cenário a preocupação mundial com as nanos. É possível observar que o debate e estudos vêm ocorrendo em nível global, nos países desenvolvidos, e de maneira progressiva nos países em desenvolvimento, como o Brasil. Sabe-se que a pesquisa e atualidade das nanotecnologias estão em evidência, bem como seus produtos. Entretanto, não há regulação única sobre o tema, mas existem

inúmeros protocolos e diretrizes produzidos por agências e órgãos internacionais sobre esta nova tecnologia e sua gestão de risco, além dos anteriormente citadas (ENGELMANN, 2015).

Em virtude do grande desenvolvimento e consumo de nanoproductos, por conseguinte, serão descartados no meio ambiente um número cada vez maior de nanomateriais, que por ora, não adota nenhum protocolo específico. Com base na atenção aos resíduos nanotecnológicos, Mraz (2005) provoca em sua matéria: *Nanowaste: o Próximo Grande Tratamento?*(tradução nossa), afirmando que os governos devem investir uma porcentagem maior de seus orçamentos voltados à segurança dos nanomateriais bem como demandar maiores esforços nas pesquisas a este novo tipo de resíduo, o *nanowaste*, do qual não se tem certeza científica quanto seus efeitos no ecossistema e vida humana (MRAZ, 2005). Como o objeto deste trabalho é aferir as complexidades do *nanowaste* e gestão apropriada, importante que se introduza as principais inquietações sobre estes resíduos, com respeito ao Princípio da precaução, conforme Part et al.(2015, p.407) lecionam. O *nanowaste* é um dos focos mais importantes da atualidade, seguindo o fluxo necessário de estudos como de qualquer resíduo. Especialmente os resíduos nanotecnológicos precisam de atenção redobrada, dada as particularidades de suas características e interações físico-químicas do meio ambiente, ficando uma preocupante lacuna sobre os efeitos desta disposição de nanomateriais no ecossistema, sem adoção de medidas mínimas de cautela para proteção. Face a inserção da era nanotecnológica no contexto de risco, necessário então conhecer esta faceta nanotecnológica.

Por fim, uma vez que esta tecnologia não possui reflexo humano ainda comprovado, mas se observa em pesquisas a possibilidade de risco, urge que se fomente a adoção de instrumento com pretensão regulatória e que assim viabilize a gestão adequada do risco, de maneira a respeitar o princípio da precaução, a fim de minimizar consequências danosas ao ecossistema. Algumas das características que são úteis no desenvolvimento de produtos novos e melhorados também causam preocupação. Alguns nanomateriais são tipos inteiramente novos de composições, que podem ter novos e inesperados efeitos sobre os organismos vivos. O tamanho pequeno dos nanomateriais leva à preocupação sobre se eles podem atravessar membranas biológicas e, assim, ser tomadas por células e órgãos. Além disso, partículas pequenas podem se acumular profundamente nos pulmões se inaladas e permanecer lá por um longo período, porque eles são limpos lentamente a partir desta parte do pulmão. Existe também a preocupação de que o aumento da reatividade de materiais conhecidos na nanoforma pode levar a efeitos aumentados ou indesejados nos seres humanos e no ambiente(CHRISTENSEN , 2015).

A dúvida e incerteza científica quanto aos impactos das nanos no meio ambiente é latente, principalmente no solo -já que destacamos o nanowaste- conforme Dimpka (2014, p.889) interroga: “A nanotecnologia pode oferecer os benefícios prometidos sem impactar negativamente a vida microbiana do solo?”(tradução nossa). Dimpka

(2014) afirma que os benefícios prometidos nas nanotecnologias, podem vir acompanhados de riscos para o meio ambiente: plantas não-alvo, micróbios de solo de planta-benéficas e outras formas de vida poderiam ser impactadas se nanopartículas (nanomateriais) contaminassem o meio ambiente.

Portanto, o desenvolvimento e expansão das nanotecnologias trazem à tona a importante questão dos riscos, de modo que o Sistema do Direito deverá intervir de modo a promover uma (auto)regulação apta a esta nova complexidade, minimizando os possíveis danos. Com base em uma regulação adequada, poderá ser efetivada a gestão do risco no que tange ao nanowaste, levando em consideração a urgência que tal aspecto demanda, face a produção e consumo acelerado, tendo como consequência o maior descarte de resíduos nanotecnológicos no meio ambiente. A fim de contextualizar a questão das nanotecnologias no cenário de risco, importante apresentar algumas das principais teorias sobre o risco, expondo sua evolução histórica, social e suas principais contribuições.

3 | DESVELANDO A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DO RISCO

O contexto de risco fora apresentado ao longo do primeiro ponto exposto desta investigação, demonstrado em diversas pesquisas sobre nanotecnologias e *nanowaste*. Entretanto, a fim de dar maior substância ao cenário de risco na era nanotecnológica, importante aprofundar-se nas teorias que abarcam este tópico, acompanhando a evolução teórica com o surgimento de novas demandas e ameaças na sociedade, como o desenvolvimento tecnológico. As teorias sobre o risco apresentam análises diversas, expostas em uma evolução temporal, adequando-se ao momento em que foi elaborada, o que acaba implicando nas relevâncias sociais e ambientais daquele lapso de tempo. Por esta razão, observar-se-á a seguir a linha temporal da Teoria do Risco na perspectiva da evolução temporal, histórica e social, relacionando os principais autores e obras respectivas, conforme a Figura 01 (LEAL, 2017, p.116):

A TEORIA DO RISCO NA PERSPECTIVA DE EVOLUÇÃO TEMPORAL, HISTÓRICA E SOCIAL

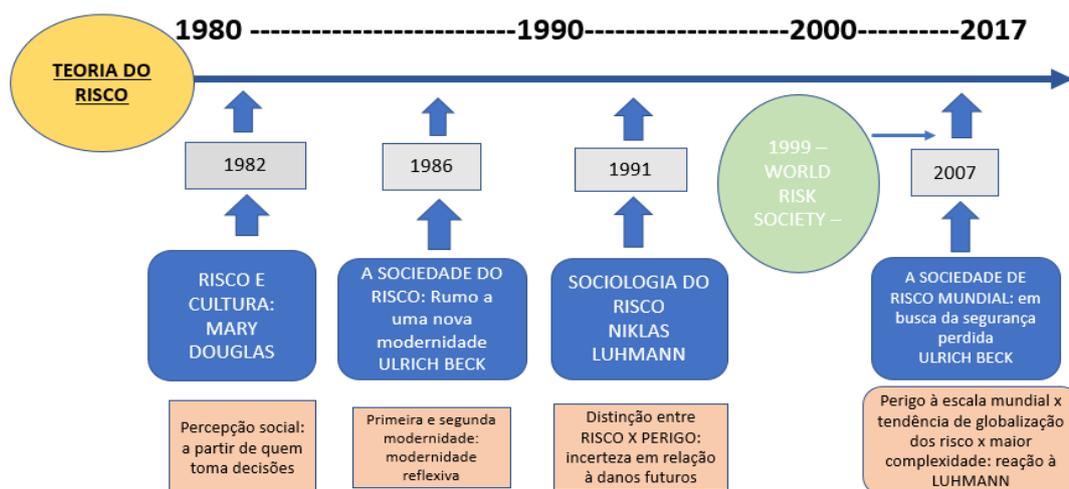


Figura 01 – Linha Temporal da Teoria do Risco na Perspectiva da Evolução Temporal, Histórica e Social

A primeira obra da linha temporal, *Risco e Cultura*, de Douglas e Wildavsky (2012), realizada há mais de 30 anos atrás, já demonstrava uma crescente dúvida e preocupação em relação às novas tecnologias e seu impacto. Constata-se uma teoria cultural do risco, a qual sustenta que diferentes grupos, tendo de um lado instituições hierárquicas e do governo (que ocupam o centro). (DOUGLAS, WILDAVSKY, 2012, p.04). Nesta obra percebe-se a inclinação dada à percepção cultural do risco (DOUGLAS, WILDAVSKY, 2012). Partindo para o entendimento de Beck (2010), na sua obra de 1986, *Sociedade de risco*, apresenta uma teoria baseada em distinções da modernidade, num momento pós-industrial descrevendo uma modernidade reflexiva (também denominada pelo autor como segunda modernidade) que seria a fase de radicalização dos princípios da modernidade. Fundamentada no desenvolvimento da sociedade industrial, analisando uma nova sociedade, imbuída em risco inerente às transformações sociais ocorridas àquela época, dadas as catástrofes históricas, como guerras mundiais, *Chernobyl*, ameaças nucleares. Busca explicar a avaliação de *perigos*, onde todos dependem de instrumentos de medição e teorias, bem como entender sobre o próprio *desconhecimento*. Verificava-se a oposição entre a sociedade e natureza, com o propósito de controlar e ignorar a natureza (BECK, 2010).

Posteriormente, a lição de 1986 foi revisada com a publicação do *World Risk Society* (BECK, 2003), em 1999, apresentando novos cenários, avaliando de outra forma a percepção do risco, que poderia de certa forma complementar a perspectiva de Douglas e Wildavsky (2012). Ou seja, a confluência entre a perspectiva realista e a construtivista (de Douglas e Wildavsky) estaria no cerne da teoria da sociedade global de riscos (GUIVANT, 2001). Em que pese os possíveis benefícios trazidos por esta nova escala de produção, incorremos em sérios riscos sobre seus efeitos no meio ambiente, inserindo-se assim no conceito da *Sociedade de Risco*, de Beck (2010).

Em virtude de tal preocupação, é que a disseminação do debate sobre as *nanos* vem desenvolvendo-se cada vez mais em nível global. Em relação este aspecto, traz-se a relevante teoria desenvolvida pelo ilustre alemão acima citado, da Sociedade de Risco, o qual já no início de sua obra *Un Mondo a Rischio* (BECK, 2003).

A última obra de Beck (2015), de 2007, *A Sociedade de Risco Mundial: em Busca da Segurança Perdida*, retoma as discussões acerca da nova complexidade apresentada na sociedade, desta vez numa percepção globalizada de riscos, dadas as tecnologias, fomentado pelas diversas publicações mais recentes de especialistas. Contudo, a obra que mais lhe instigou a elaborar a nova obra foi a *Sociologia do Risco*, de Luhmann (BECK, 2015, prefácio). Avança o debate nas alterações climáticas, ainda observando a percepção do risco através do processo de modernização à decisão, insegurança e probabilidade, e ainda ressalta a semântica do risco em respeito a *perigos* futuros tematizados no presente, onde a “[...] semântica do risco diz respeito a perigos futuros tematizados no presente” (BECK, 2015, posição 162), apresentando-se na oportunidade e perigo. Levando em consideração tamanha importância das lições de Beck(2010) e Luhmann(2006), Ost (1999) - em seu livro *O Tempo do Direito* - ressalta tais obras, bem como explica três fases do risco na história, onde a primeira fase trata-se do risco como o acontecimento inesperado, exterior e imprevisível, faz parte do destino e é individual, mencionando a previdência; “[...] a segunda fase da história do risco vê a emergência da noção da prevenção”(OST, 1999, p. 344), numa atitude coletiva, racional, destinando-se a reduzir a probabilidade de ocorrência e gravidade do risco, e por fim, a terceira fase, a qual abarcaria o cenário atual da sociedade.

Sob outro prisma, Ost (1999) ainda defende a simultaneidade global e transgeracional dos riscos, devendo o conhecimento científico definir o aceitável ou não, e de uma incerteza reflexiva, oriunda das opções tecnológicas, modelos científicos e juízos normativos (OST, 1999, p. 345). Possível assim atrelar a posição de Ost (1999) e o cenário do risco das nanotecnologias, tendo em vista que as decisões atualmente tomadas se inserem nas incertezas reflexivas, pois a ameaça vem das nanotecnologias engenheiradas (e não de ação da natureza), são ações baseadas na opção por determinada tecnologia, num modelo pelos gestores tomado como aceitável. Por fim, traz-se à tona Luhmann (2006), que mesmo temporalmente anterior à última lição de Beck (2010), parece trazer uma visão mais clara do risco, realizando uma distinção entre então o risco e perigo, o que para as nanotecnologias poderia ser mais apropriado. Na sequência de sua formulação, introduz sobre os danos futuros, face as incertezas existentes, mas que os atos decisórios do presente refletirão no futuro. Ademais, importante para sua conceituação de risco que o dano potencial é algo de contingente, sendo possíveis observação com diferentes perspectivas, sobre se ou não tomada uma decisão com a plena aceitação de risco(LUHMANN, 2006, p.59-60).

Para Luhmann(2006), a distinção entre risco e perigo significa que existe uma

incerteza em relação a danos futuros. Pode-se considerar que o potencial é uma consequência da decisão, e, então falamos de risco e, mais precisamente, do risco da decisão. Ou bem se entende que o potencial dano é causado externamente, ou seja, é atribuído ao meio ambiente, e, neste caso, falamos de perigo. Deste modo, o risco está associado à decisão, expectativa, probabilidade de coisas que ocorrerão no futuro, é uma comunicação voltada ao futuro. Já perigo é a perspectiva da vítima, de quem não tinha o poder de decisão (de quem recebe a carga de risco sem decidir sobre aquilo. Portanto, através de uma análise entre todas as teorias que estudam o risco, verificaram-se diversas percepções quanto ao risco, de maneira que a formulação que mais adapta às nanotecnologias é a de Luhmann (2006), pois bem difere perigo e risco, e introduz a noção de dano futuro. Não se pretende nesta investigação exaurir o risco, até mesmo porque dada a complexidade das nanotecnologias, esta incerteza sempre estará presente. Da mesma forma, as tecnologias que se desenvolverão depois das nanos, também tratarão do risco da mesma maneira. A complexidade traz a incerteza. O risco relaciona-se ao desconhecimento dos efeitos futuros na vida humana e meio ambiente. Portanto, a alternativa é manejar esta condição, lidar com o risco (e não tentar extirpá-lo) de maneira a tentar minimizar possíveis danos futuros (LEAL, 2017, p.126).

Ao passo que se vislumbra a evolução das teorias do risco para dar conta das novas tecnologias, a adequação do Sistema do Direito por meio da flexibilização regulatória também se faz necessária. Neste sentido, importante apresentar outras alternativas regulatórias, pois a lei em sentido formal e estanque não dariam conta da dinamicidade e complexidade da era nanotecnológica, exigindo muito mais do Direito. Desta maneira, através da adoção de autorregulações, protocolos ou instrumentos com potencial regulatório seria viável uma gestão do risco mais efetiva e adequada ao nanowaste.

4 | ALTERNATIVAS REGULATÓRIAS PARA GESTÃO DOS RISCOS DO NANOWASTE

Inexiste no momento qualquer legislação específica sobre resíduos nanotecnológicos e destinação final adequada. Mesmo que fosse elaborada uma norma originária do Poder Estatal, ela apresentaria eficácia dada a dinâmica e complexidade das nanotecnologias? Acredita-se que não, pois o lapso temporal entre a elaboração de projeto de lei, promulgação da norma, e vigência, seria grande, e tratando-se da rapidez das descobertas científicas desta nova tecnologia, provavelmente no momento de aplicação da lei, esta já estaria obsoleta. O movimento da nanotecnologia é muito rápido, as descobertas sobre elas são diárias, e o que hoje pode ser utilizado como constatação sobre algum aspecto específico dela (como análise de risco ou comportamento de material), em momento curto posterior já não mais pode se confirmar (LEAL, 2017, p.142). Contrariando a inércia estatal,

existem outros inúmeros instrumentos com potencial para regulação, de organismos internacionais, tanto governamentais como privados, que auxiliariam no fornecimento de protocolos e regulações específicas. Tais documentos são fruto de extensos e profundos estudos relacionados à nanotecnologia, segurança e nanoresíduos.

Inevitável o questionamento acerca da destinação final dos nanomateriais, ante o risco e (potencial) dano futuro ao meio ambiente e vida humana. Tendo em vista que não se encontra regulação específica no cenário brasileiro, tampouco são tomadas medidas acautelatórias, como não buscar uma alternativa regulatória para as nanotecnologias e seu lixo, o *nanowaste*. Esta é a missão do Direito, que precisa inserir-se no contexto de risco e lacuna estatal e legislativa, procurando um meio autorregulatório apropriado para o cenário, provendo respostas aptas a esta nova realidade (LEAL, 2017 p.142). O objeto deste estudo, a destinação final adequada do *nanowaste*, demanda uma análise interdisciplinar, envolvendo o mundo jurídico e outras áreas da ciência, apropriando-se de pesquisas específicas sobre nano, para então buscar alternativas adequadas a este contexto de risco. O trabalho é árduo, principalmente se for tomado em conta que o Direito ainda caminha no sentido do positivismo fechado (ROCHA, 2007, p.181). Por outro lado, encontram-se autores que defendem uma espécie de regulação transnacional ou global para as nanos, pois de fato se utilizam modelos internacionais de agências reguladoras neste contexto de regulação. Conforme observa-se no artigo intitulado *Transnational Models for Regulation of Nanotechnology*, o Direito e a lei vêm brigando pelo espaço já delineado de autorregulações, adotadas pelas indústrias, principalmente pela questão do risco. O marco regulatório é necessário; assim migra-se para um modelo transnacional e afirma-se a adoção de regulações internacionais, de agências reguladoras, que já vem fazendo *as vezes* da lei estatal (MARCHANT, SYLVESTER, 2006).

Presencia-se um movimento de aproximação global no que se refere à regulação das nanos, fomentando a multidisciplinaridade, fundando um quadro regulatório multidisciplinar, aproximando diversas ciências e o Direito, principalmente no debate do *nanowast* (CASSOTA, 2012, p.218-219). Com esta preocupação, a regulação é enfrentada por outros atores que não o Estado, fortalecendo a autorregulação. Assim, observa-se a existência de instrumentos com potencial regulatório internacionais que auxiliariam tanto no resguardo do meio ambiente quanto na produção e desenvolvimento de nanoprodutos, principalmente sua utilização e posterior descarte ao final de vida útil. Esses mecanismos servem de diretrizes, protocolos ou regulamentos internos que podem ser tomados como marcos regulatórios, que de fato supririam (mesmo que momentaneamente) a inércia estatal em regular as nanotecnologias. Este movimento autorregulatório efetua uma comunicação entre sistemas diversos, sendo inevitável tal interação no cenário das nanotecnologias, que neste sentido propõe ainda a interdisciplinaridade. Seriam sistemas diferentes trabalhando em sintonia, unindo esforços onde é possível a consonância de informações e estudos (LEAL, 2017, p.148). Existem novos modelos regulatórios, em nível internacional, que devem ser

levados em consideração como modelo transnacional para as nanotecnologias. Podem até mesmo não se encaixarem perfeitamente em todas as demandas nanotecnológicas, mas que certamente auxiliam na tomada de decisões em casos de extrema complexidade, demandando compromissos internacionais, como neste caso (MARCHANT, SYLVESTER, 2006).

Mesmo havendo pontos de inconsistências na autorregulação, uma vez que a adoção depende da vontade própria da organização, ela é uma alternativa viável. No caso da autorregulação do *nanowaste*, vê-se como viável a adoção do protocolo da OECD (2016), pois baseia-se em critérios científicos, oriundos de pesquisa específica sobre resíduos nanotecnológicos, e que não iriam colidir com interesses maiores como meio ambiente e saúde humana, pelo contrário. Adotando estas diretrizes, fomentaria-se o desenvolvimento responsável das nanotecnologias, promovendo uma verdadeira gestão do risco, administrando adequadamente a destinação final do *nanowaste*. A adoção do protocolo, não só pelas agências, mas pelo Estado, dar-se-ia através da validação feita pelo mesmo. E no caso de dissonâncias ou na observação de interesses contrários ao bem-estar humano, poderia o Estado regulamentar o instrumento então, já adotado, como forma de metarregulação (LEAL, 2017, p.279). Por fim, como o objeto deste estudo é a gestão do risco na destinação adequada do *nanowaste*, urge que se apresente aquele organismo que tem papel fundamental na área, sendo este a OECD. Tal instituição realizou estudo específico sobre o comportamento dos resíduos nanotecnológicos com o meio ambiente, através dos tratamentos disponíveis de lixo, apresentando um resultado final acerca dos riscos. A organização internacional da OECD tem papel de destaque em nível global nas pesquisas e elaboração de instrumentos com potencial autorregulatório na área das nanotecnologias, principalmente no *nanowaste* e destinação final (OECD, 2016).

5 | CONCLUSÃO

Presencia-se uma sociedade pós-moderna, desenvolvendo a era nanotecnológica, proporcionando um avanço benéfico à humanidade jamais visto. Contudo, verifica-se em paralelo o potencial risco. É possível constatar no mercado atual milhares de novos nanoprodutos, dos quais os efeitos ainda não foram detectados na vida humana ou meio ambiente. Com o crescente produção e consumo, eleva-se conseqüentemente o descarte de resíduos nanotecnológicos no meio ambiente, sem qualquer medida precaucional que o risco e incerteza científica requerem. O *nanowaste* é uma nova preocupação, tendo em vista que o final de vida dos nanomateriais podem acarretar maiores prejuízos ao ecossistema, face a inadequação do descarte e particulares vias de contato com meio ambiente e acumulação. Importante assim contextualizar e apresentar pesquisas que demonstram o risco enfrentado, verificando ainda a evolução das Teorias do Risco e quais suas contribuições para buscar uma verdadeira

gestão do nanowaste. Neste ínterim, não há qualquer regulação que possa guiar a utilização das nanotecnologias, desconsiderando alguns riscos apresentados em pesquisas, o que deixa a sociedade totalmente descoberta e vulnerável aos possíveis danos que esta nova tecnologia poderá causar às gerações futuras, dispensando qualquer atitude precaucional, inerente a este cenário.

Ademais, tendo em vista que se presencia uma série de novos direitos e demandas originárias da complexidade da era nanotecnológica, o Sistema do Direito acaba tendo de responder às demandas antes sequer imaginadas, a qual na conjuntura atual, não está apta a dar suporte. Possível utilizar-se de outras fontes estranhas ao Direito (principalmente ao Direito brasileiro), como protocolos da OECD, NIH, NanoReg, FDA, dentre tantas outras, que possuem diretrizes e pesquisas específicas na área. É preciso do Direito uma postura mais flexível, que fomente a adoção de medidas aptas a produzir respostas adequadas a esta nova cena e complexidade. Reconhecendo a produção de diretrizes e instrumentos com potencial regulatório fora do Sistema do Direito, validando tais regulações – aqui em especial os instrumentos com potencial regulatório da OECD- a partir do conhecimento da meta e autorregulação, será viável efetivar uma gestão do risco apta às demandas particulares do nanowaste e das nanotecnologias de modo em geral. Observa-se então a importância da autorregulação, reconhecida por diversas organizações internacionais que já promovem a elaboração de instrumentos com potencial regulatório, exigindo do Sistema do Direito uma proposta de alternativa regulatória, que dê conta desta nova realidade e suporte os problemas oriundos dos resíduos nanotecnológicos, promovendo assim uma verdadeira gestão do risco. De outro modo, respeita-se a precaução e conjuntura de risco imposta neste contexto, fomentando a (auto)regulação para a era nanotecnológica, a fim de preservar as futuras gerações e meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução: Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. Documento disponível para Kindle.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BECK, Ulrich. **Un mondo a rischio**. Traduzione di Laura Castoldi. Torino: Giulio Einaudi, 2003.

CASSOTA, Sandra. Extended producer responsibility in waste regulations in a multilevel global approach: nanotechnology as a case study. **European Energy and Environmental Law Review**, [S.l.], v. 21, n. 5, Oct. 2012. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/eelr0021&div=28&id=&page=>>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

CHRISTENSEN, Frans Møller et al. **Better control of nanomaterials**: summary of the 4-year Danish initiative on nanomaterials. Copenhagen: The Danish Environmental Protection Agency, 2015. (Environment protect, n. 1797). Disponível em: <<http://www2.mst.dk/Udgiv/publications/2015/12/978-87->>

93352-89-6.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES; CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC); NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (NIOSH). **Approaches to safe nanotechnology**: managing the health and safety concerns Associated with Engineered Nanomaterials. Washington: DHHS: NIOSH, Mar. 2009. (DHHS NIOSH Publication, n. 2009-125). Disponível em: <<https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>>. Acesso em: 08 mai 2018.

DIMKPA, Christian O. Can nanotechnology deliver the promised benefits without negatively impacting soil microbial life?. **Journal of Basic Microbiology**, Berlin, v. 54, n. 9, p. 889, Sept. 2014. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/24913194>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e cultura**: um ensaio sobre a seleção dos riscos tecnológicos e ambientais. Tradutora Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um fator de aproximação democrática dos países da América Latina: em busca de moldes regulatórios. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (Org.) **Constitucionalismo democrático na América Latina**: desafios do século XXI. Curitiba: Multideia, 2015.

FERRARI, Vincenzo. Primera Lección de Sociología del derecho. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México:Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2015

FEYNMAN, Richard P. Há mais espaços lá embaixo: um convite para penetrar em um novo campo da Física. Texto traduzido por Roberto Belisário e Elizabeth Gigliotti de Sousa. **ComCiência**: Revista Eletrônica de Jornalismo Científico, Campinas, 10 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano19.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos Sociedade e Agricultura**, Rio de Janeiro, n. 16, abr. 2001. Disponível em: <[r1.ufrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/download/188/184](http://www.ufrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/download/188/184)>. Acesso em: 26 jul. 2017.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO/TS 27687**: 2008: nanotechnology: terminology and definitions for nano-objects: nanoparticle, nanofibre and nanoplate. Geneva, 2008. Disponível em: <<https://www.iso.org/standard/44278.html>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

INTRODUCTION. **Nanotechnology Products Database (NPD)**. [S.l.], 2018. Disponível em: <<http://product.statnano.com/>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

LEAL, Daniele Weber S. **A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos**: a possibilidade de utilização do protocolo da OECD e do pluralismo jurídico (Teubner) para Gestão do Risco do Nanowaste. 2017. f. 279. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2017. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6755>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.

MARCHANT, Gary E; SYLVESTER, Douglas J. Transnational models for regulation of nanotechnology. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, Boston, v. 34, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-720X.2006.00091.x/abstract>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

MARTINS, Patrícia Santos. **O sistema de normas ISO e as nanotecnologias**: as interfaces regulatórias e o diálogo entre as fontes do Direito. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6206>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MRAZ, Stephen J. Nanowaste: the next big threat?. **Machine Design**, Cleveland, v. 77, n. 22, p. 46, Nov. 17 2005. Disponível em: <<http://connection.ebscohost.com/c/articles/18901546/nanowaste-next-big-threat>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (NIH). **Nanotechnology at the national institutes of health**. Maryland, [2007?]. p. 2. Disponível em: <<https://www.nih.gov/sites/default/files/research-training/nanotechnology-new-understanding-capabilities-approaches-improving-health.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Nanomaterials in waste streams: current knowledge on risks and impacts**. Paris, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264249752-en>>. Acesso em: 24 jun. 2018

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PART, Florian et al. Current limitations and challenges in nanowaste detection, characterisation and monitoring. **Waste Management**, New York, n. 43, p. 407, Sept. 2015. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26117420>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

ROCHA, Leonel Severo. Sistema do direito e transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda à Autopoiese. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: anuário 2006: n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2007.

SCHWAB, K. **A quarta revolução industrial**. Tradutor Daniel Moreira Miranda. Edipro, São Paulo, 2016.

A IMPROBABILIDADE DA COMUNICAÇÃO ENTRE O DIREITO E A CIÊNCIA SOBRE RISCO REPRESENTA UM OBSTÁCULO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DAS NANOTECNOLOGIAS?

Raquel von Hohendorff

Unisinos, PPGDireito, São Leopoldo, Rio Grande do Sul

Daniele Weber da Silva Leal

FACCAT e UNIFTEC, Direito, Taquara e Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul

* Artigo adaptado do originalmente apresentado no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI- Porto Alegre, 2018.

RESUMO: A ampliação do uso das nanotecnologias é uma das novidades que vem ocorrendo no setor de produção, trazendo uma série de preocupações acerca dos riscos à saúde e meio ambiente. A observação da improbabilidade comunicacional entre o sistema do Direito e da Ciência acerca dos riscos nanotecnológicos e como isso afeta a gestão responsável e sustentável da inovação se faz necessária. Demonstra-se a indispensável imersão do Sistema do Direito na observação sobre risco nanotecnológico, contribuindo com a discussão das possibilidades e desafios que o uso das nanotecnologias já está gerando para as atuais e futuras gerações.

PALAVRAS-CHAVE: Nanotecnologias. Risco. Comunicação Inter-sistêmica. Desenvolvimento. Sustentabilidade.

THE IMPROBABILITY OF COMMUNICATION BETWEEN THE LAW AND SCIENCE ABOUT

RISK REPRESENTS AN OBSTACLE TO THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT OF NANOTECHNOLOGIES?

ABSTRACT: The expansion of the use of nanotechnologies is one of the novelties that has occurred in the production sector, bringing a number of concerns about the risks to health and the environment. It is necessary the observation of the communicational improbability between the Law system and Science about nanotechnological risks and how this affects the responsible and sustainable management of innovation. The indispensable immersion of the Law System in the observation of nanotechnological risk is demonstrated, contributing to the discussion of possibilities and challenges that the use of nanotechnologies is already generating for present and future generations.

KEYWORDS: Nanotechnologies. Risk. Inter-systemic Communication. Development. Sustainability.

1 | INTRODUÇÃO

Observa-se no cotidiano da vida humana o consumo cada vez maior de inúmeros novos produtos com nanotecnologia, nas mais diversas áreas. Os produtos e setores onde se

podem encontrar nanopartículas são: alimentação; aparelhos domésticos; medicina; petróleo; impressoras; energias renováveis; esporte e fitness; têxteis; agricultura; automotivo; construção; cosméticos; eletrônicos, bem como a utilização para fins ambientais (INTRODUCTION, 2017). Inclusive esse amplo rol é aberto devido ao processo contínuo de desenvolvimento das nanotecnologias. Tais produtos trazem a promessa de benefícios e utilidades nunca antes pensados, despertando nos consumidores e sociedade em geral a curiosidade. Desta maneira, o consumo destas criações em escala nano vêm sendo cada vez maior, com um universo de novidades despejadas no mercado diariamente.

Quanto mais larga for a utilização da nano escala na indústria, maior será a quantidade de produtos colocados à disposição do consumidor. Qual o motivo da preocupação? Por meio de equipamentos especializados, em condições de interagir com o nível atômico, se geram produtos com características físico-químicas diferentes daquelas encontradas no seu similar na escala macro. Aliado a esse aspecto, inexistente regulação específica para as nanotecnologias ao longo do ciclo de vida de um nanomaterial. As Ciências Exatas, dentre as quais se sublinha: a Engenharia, a Química, a Física, a Biologia e outras, ainda não conseguiram calibrar a metodologia para a avaliação da segurança dos produtos desenvolvidos à base da nano escala; se desconhece o número de nanopartículas já produzidas pela ação humana, as denominadas nanopartículas engenheiradas.

Os riscos são, em grande parte, desconhecidos e os danos futuros incertos, mas a decisão precisa ser realizada no presente, através da utilização destas novas ferramentas surgidas pela incorporação da ideia de que o conhecimento não poderá mais ficar aprisionado nos limites herméticos de cada campo do saber. Desta forma, é neste tempo em que se deve observar e construir modelos jurídicos permeados tanto pela certeza quanto pela incerteza em relação às expectativas sociais que são continuamente frustradas / satisfeitas por meio da complexidade social em permanente incremento (ROCHA, MARTINI, 2016).

Assim, o avanço das nanotecnologias, num conjunto crescente de aplicações, começa a integrar o cotidiano da sociedade brasileira e mundial. Por outro lado, as pesquisas e os produtos, que advirão desta intervenção humana nas forças naturais, exigirão a atuação dos diferentes sistemas, com a avaliação dos impactos sociais, éticos e regulatórios emergentes, suportados por um modelo de inovação que deverá ser responsável e sustentável, pois há incerteza quanto aos riscos nanotecnológicos.

Em relação ao objetivo, pode-se mencionar a observação da questão da improbabilidade comunicacional entre o sistema do Direito e da Ciência acerca dos riscos nanotecnológicos, bem como o quanto isso afeta a gestão responsável e sustentável da inovação

Para desenvolver este trabalho usar-se-á a perspectiva metodológica sistêmico-construtivista, a fim de observar como as bases jurídicas poderão ser desenvolvidas e comunicadas independente da sua conexão com o Poder Legislativo, fomentando a

comunicação inter-sistêmica com o Sistema da Ciência.

O método sistêmico-construtivista considera a realidade como uma construção de um observador, analisando todas as peculiaridades implicadas na observação. É um método que parte de uma observação complexa de segunda-ordem, pressupondo reflexões que são estabelecidas a partir de um conjunto de categorias teóricas, próprias da Matriz Pragmático-Sistêmica, que guardam uma coerência teórica auto-referencial. Além disso, essa abordagem pressupõe a compreensão do Direito enquanto um sistema social autopoietico, cujas operações são comunicativas, desenvolvidas através de processos de tomada de decisões elaborados no interior de certa organização jurídica.

Desta forma, o problema de pesquisa que se pretende responder pode ser assim definido: sob quais condições o Sistema do Direito, pode lidar com a improbabilidade da comunicação inter-sistêmica entre o Direito e a Ciência, frente ao desafio que os riscos nanotecnológicos representam para a gestão sustentável da inovação nanotecnológica?

2 | UMA BREVE APRESENTAÇÃO DAS NANOTECNOLOGIAS: DO QUE SE TRATA TUDO ISSO?

A nanotecnologia é o conjunto de ações de pesquisa, desenvolvimento e inovação obtida graças às especiais propriedades da matéria organizada a partir de estruturas de dimensões nanométricas. A expressão nanotecnologia deriva do prefixo grego *nános*, que significa anão, *techne* que equivale a ofício, e *logos* que expressa conhecimento. Atualmente, a tecnologia em escala nano traz consigo muitas incertezas, especialmente concernentes aos riscos altamente nocivos à saúde e ao meio ambiente (DURÁN, MATTOSO, MORAIS, 2006). Assim, é necessária uma configuração textual sobre a nanotecnologia, um dos tipos de inovação tecnológica da pós-modernidade, destacando sua origem, o que realmente é, seus usos na atualidade, os setores produtivos envolvidos e os investimentos mundiais atuais neste campo de inovação.

A nanotecnologia pode ser definida como a ciência da manipulação de matéria na escala nanométrica, a fim de descobrir novas propriedades e assim produzir novos produtos. Nos últimos 30 anos, uma quantidade considerável de interesse científico e financiamento de pesquisa e desenvolvimento dedicado à nanotecnologia levou a desenvolvimentos rápidos em todas as áreas de ciência e engenharia, incluindo química, materiais, energia, medicina, biotecnologia, agricultura, alimentos, dispositivos eletrônicos e produtos de consumo. Somente nos EUA, o governo federal gastou mais de US \$ 22 bilhões em pesquisa em nanotecnologia desde 2001 (CHENG, 2016).

Os avanços nas áreas de nanociência e nanotecnologia resultaram em inúmeras

possibilidades para aplicações de produtos de consumo, muitas dos quais já migraram de bancos de laboratório para prateleiras de lojas e sites de comércio eletrônico. Os nanomateriais foram cada vez mais incorporados aos produtos de consumo, embora a pesquisa ainda esteja em andamento sobre seus potenciais efeitos no meio ambiente e na saúde humana.

Atualmente verifica-se que além de um aumento muito grande nos produtos a cada mês que passa, a nanotecnologia vai sendo inserida diariamente na vida em sociedade, desde produtos cosméticos (protetor solar, creme antirrugas), shampoos, até mesmo produtos domésticos (bebedouro d'água) e medicamentos, indústria bélica, dentre outras várias áreas (INTRODUCTION, 2017). O campo das nanotecnologias está avançando rapidamente e deverá impactar em praticamente todas as facetas globais da indústria e da sociedade. A padronização internacional em nanotecnologias deve contribuir para que se perceba o potencial desta tecnologia através do desenvolvimento econômico, melhoria da qualidade de vida e para a melhora e proteção da saúde pública e do meio ambiente. Pode-se esperar que muitos nanomateriais recém-fabricados entrem no mercado e nos locais de trabalho. Esta rápida transição dos laboratórios para as fábricas e, a partir da produção em grande escala, para o mercado consumidor, reside um importante foco de possibilidade de riscos não adequadamente avaliados e conhecidos. Vale dizer: é uma face a ser observada pelo Sistema do Direito.

3 | E OS RISCOS?

Embora hoje os benefícios das nanotecnologias dominem o nosso pensamento, o potencial desta tecnologia para resultados indesejáveis na saúde humana e no meio ambiente não deve ser menosprezado, eis que, em razão do tamanho os materiais passam a ser regidos por leis físicas muito diferentes daquelas com as quais a ciência está habituada, abrindo possibilidades de que as nanopartículas apresentem maior grau de toxicidade do que em tamanhos maiores, esta é a razão pela qual existe a necessidade de se avaliar os riscos que existem decorrentes da manipulação, desenvolvimento e aplicação destas novas tecnologias, observando a toxicidade, os métodos apropriados para testes em toxicidade, bem como os impactos na saúde humana e ambiental.

Quanto mais cedo for possível desenvolver as avaliações tecnológicas robustas sobre os produtos com nanomateriais, com a participação de engenheiros, biológicos, cientistas do solo, agricultores e cidadãos preocupados, mais cedo, se entenderá o que a nanotecnologia pode fazer bem e com segurança, e que ela não pode fazer bem e com segurança para o nosso planeta. Materiais em nanoescala podem ser biologicamente mais ativos do que os materiais em tamanho macro, e possuem capacidade única de interagir com proteínas e outros elementos funcionais biológicos

essenciais.

Até agora, ainda não foram observados efeitos adversos a longo prazo sobre a saúde em seres humanos. Isso pode ser devido à recente introdução dos nanomateriais, a abordagem preventiva para evitar a exposição e preocupações éticas sobre a realização de estudos em seres humanos. Isto significa que, com exceção de alguns materiais onde estudos humanos estão disponíveis, as recomendações de saúde devem basear-se na extrapolação da evidência de estudos *in vitro*, animais ou outros de campos que envolvem exposição a partículas de nanoescala, como poluição do ar, para avaliar os possíveis efeitos nos seres humanos (WHO, 2017).

Os impactos nocivos e riscos potenciais à saúde humana e animal, ao meio ambiente e até em relação ao comportamento humano são ainda pouco conhecidos. Para a avaliação desses aspectos, deverão ser aperfeiçoados e desenvolvidos testes que busquem identificar: a) suas propriedades físico-químicas; b) seu potencial de degradação e de acumulação no meio ambiente; c) sua toxicidade ambiental; e d) sua toxicidade com relação aos mamíferos (ABDI, 2010). Como há um crescente interesse na produção de nanomateriais, deve-se considerar o potencial destes materiais como contaminantes ambientais.

O conhecimento das características das substâncias em tamanho maior não fornece informações compreensíveis sobre suas propriedades no nível nano, uma vez que as mesmas propriedades que alteram as características físicas e químicas das nanopartículas podem também provocar consequências não pretendidas e desconhecidas quando em contato com o organismo humano. A ausência de estudos sobre a interação da aplicação das nanotecnologias com o meio ambiente (ar, água e solo) expõe a possibilidade de ocorrência de riscos ambientais e também riscos em relação aos seres humanos.

Uma vez que o Sistema da Ciência e o do Direito não possuem os mesmos entendimentos acerca de risco e perigo, a questão dos riscos nanotecnológicos, justamente por conta de suas características, torna a comunicação entre estes sistemas, acerca deste tema, ainda mais improvável. Desta forma, caracterizar-se-ão as improbabilidades da comunicação inter-sistêmica entre os Sistemas da Ciência e do Direito e os desafios para o manejo dos riscos nanotecnológicos de uma forma sustentável.

4 | A IMPROBABILIDADE DA COMUNICAÇÃO ENTRE O SISTEMA DO DIREITO E O SISTEMA DA CIÊNCIA E OS DESAFIOS PARA LIDAR COM OS RISCOS NANOTECNOLÓGICOS DE FORMA SUSTENTÁVEL

O risco pode ser considerado uma espécie de vínculo com o futuro, mas não se pode deixar de compreender que a alternativa em relação ao risco não é a segurança e

sim outro risco. Desta forma, a observação da improbabilidade da comunicação inter-sistêmica (Ciência e Direito) sobre risco é uma maneira de atender a necessidade de a pesquisa jurídica preocupar-se e observar o risco na sociedade atual.

Conforme Luhmann (2006), a técnica não é de forma alguma o único caso de uma decisão arriscada. Sem dúvida, no caso das altas tecnologias (e aqui obviamente Luhmann não vislumbrava a questão das nanotecnologias e seus riscos, considerando-se que o texto foi escrito em 1991) resulta evidente que o risco se converte em algo reflexivo. Isto é precisamente o que, no contexto da comunicação de risco, dá à técnica o seu significado exemplar e paradigmático. O procedimento de simplificação e isolamento que contém o risco de não operação é novamente usado para eliminar ou enfraquecer esses riscos.

Tomar uma decisão implica na possibilidade de que as consequências ocorram de maneira diferente. Desta forma, as tomadas de decisão precisam que se “[...] trabalhe o risco, que se trabalhe o processo de decisão, que se trabalhe antecipação, estratégias, planejamento, economia, ou seja, é preciso que os operadores do Direito conheçam isso, o risco”.(ROCHA, 2001, p.136).

Interessante perceber que a tomada de decisão é uma característica própria do Sistema do Direito, notadamente quando se vislumbra-o pelo viés do Direito Processual, na perspectiva do litígio, mas, por outro lado, com um destaque crescente, a decisão que se toma extrajudicialmente, a fim de evitar o ingresso no Poder Judiciário.

Novamente, ao analisar o papel do Direito e o risco, Rocha (2013) deixa explícita sua opinião no sentido de que concorda com Luhmann acerca da necessidade da pesquisa jurídica ser dirigida para uma nova concepção da sociedade, centrada no postulado de que o risco é uma das categorias fundamentais para a observação, conforme já exposto também ao longo deste trabalho.

A apreensão com os riscos das novas tecnologias tornou-se objeto de preocupação da opinião pública apenas quando estes riscos passaram a ser comunicados à sociedade, especialmente acerca dos danos incontrolláveis. Riscos são sempre eventos que estão ameaçando. Sem técnicas de visualização, sem formas simbólicas, sem meios de comunicação, etc., os riscos não são nada (ENGELMANN, 2017). Convém ressaltar que os riscos/perigos das nanotecnologias são maiores, mais abrangentes que os riscos/perigos ecológicos, eis que podem gerar ressonâncias nos mais diferentes sistemas sociais, de inúmeras formas diferentes.

Necessário se faz mencionar que no atual momento de conhecimento do Sistema da Ciência, existe o desconhecimento das possíveis reações das nanopartículas no meio ambiente, e é justamente na interação entre o meio ambiente e suas variáveis (que são controladas em estudos *in vitro* e *in vivo* desenvolvidos em laboratórios) que as nanopartículas poderão apresentar características de maior toxicidade.

De todo o exposto até aqui, ressalta-se a comunicação dos riscos, lembrando que a comunicação é o elemento central da sociedade e só existe enquanto sistema social e unicamente dentro dos sistemas sociais.

Assim, a sociedade como sistema social se constitui e se sustenta por intermédio da *comunicação*, que depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas, gerando desta maneira a evolução social (ROCHA, 2013)

Para Luhmann (2006, p.40) a análise social se ocupa unicamente da comunicação: “Comunicación y no otra cosa es la operación con la que la sociedad como sistema social se produce y reproduce autopoieticamente”.

Apenas uma fração do que é cientificamente possível é percebida. A maioria não é viável economicamente, legalmente ou politicamente e por tanto, depende da comunicação inter-sistêmica, para que a tomada de decisões acerca destes tópicos possa ocorrer dentro de cada sistema responsável por cada área, diferenciados funcionalmente, portanto, e de acordo com seus próprios códigos. Aqui, em relação à comunicação das nanotecnologias, cabe lembrar do que Drexler (2013) menciona: O que é possível, no entanto, dependerá do estado de opinião, e as opiniões, à medida que se formam, são moldadas pela conversa. Uma agenda de ação, portanto, começa com a conversa.

Sobre o sistema da ciência e risco, Luhmann (2006, p.269) explica que

La ciencia habla acerca de sí misma como si se tratara de un tercero. Constará que se ele percibe como algo arriesgado y peligroso, como si no fuera asunto suyo. Por ello tampoco ve ninguna razón para cuestionar si en última instancia la misma investigación sobre el riesgo es o bien arriesgada o bien peligrosa, al aportar, por ejemplo, argumentos para en el futuro las investigaciones mejor se suspendan o, por lo menos, se regulen y así se limiten, a costa de la autonomía del sistema científico. Y esto puede tener como consecuencia que el verdadero conocimiento (incluyendo el conocimiento acerca de la peligrosidad del verdadero conocimiento) en caso necesario no está a la disposición y que entonces uno se viera obligado a la improvisación o, también, a tomar una decisión impresionista.

Será através de uma observação de segunda ordem que se poderá observar os riscos que não podem ser previstos por outro sistema. Os riscos do progresso científico são bem trabalhados (prognosticados) pela ecologia, mas para o Sistema do Direito esses riscos não podem ser observados senão através da observação das observações da ecologia (SIMIONI, 2011).

Lembrando aqui que os riscos nanotecnológicos envolverão algo maior que os riscos ecológicos, eis que poderão ter ressonância em inúmeros sistemas, com consequências ainda talvez nem imaginadas, nem pelo sistema da ciência, e tampouco pelo da economia e do Direito.

Sobre uma comunicação ambientalmente relevante inter-sistêmica e uma antecipação frente aos possíveis resultados negativos das ações humanas, precisa-se de uma comunicação em que se realize uma espécie de ponderação entre os interesses coletivos (que também envolvem a preservação do meio ambiente, a sustentabilidade e a equidade intergeracional) e as pressões de uma economia. Ocorre que, esta comunicação para além do sistema da Ciência, assim como a que se pretende, para além do sistema do Direito, ou seja, comunicações inter-sistêmicas

precisam, além e acima de tudo reduzir as improbabilidades da comunicação, bem apresentadas por Luhmann (2001).

Luhmann (2007, p. 45-146) explica que a comunicação é uma síntese de três seleções: a) informação; b) dar a conhecer a informação; e c) entender a informação. Uma informação é uma diferença que produz diferença em um sistema. Por que é isso e não outra informação que faz a diferença no sistema? Por que isso foi escolhido e não outras informações para dar-a-conhecer? Por que alguém deveria se preocupar em dar a conhecer algo assim a alguém e por que alguém e precisamente por que essa pessoa? Por que foi escolhido dar-de-conhecer dessa forma a informação? Por que alguém deveria prestar atenção à outra pessoa dar-a-conhecer e também tentar entender a informação que eles querem expressar?

Assim, a comunicação é o resultado de três seleções que reúnem: *uma informação, o modo de fazê-la conhecer e uma compreensão*, a partir da relação entre Alter e Ego. Desta forma, a comunicação plena é a união, a síntese destas três seleções e somente ocorre quando o Ego seleciona a compreensão, o que, naturalmente, inclui a incompreensão.

Após a superação e compreensão das três seleções necessárias para que ocorra a comunicação, passa-se a analisar as três improbabilidades de ocorrência da comunicação. Existem problemas e dificuldades que a comunicação precisa conseguir superar para que se torne possível. Assim, são 3 (três) as improbabilidades da comunicação que precisam ser superadas: a) *improbabilidade de que o outro entenda*. É improvável que alguém entenda o que o outro quer dizer, eis que cada um se utiliza de alguma forma de interpretação o que chega a si. Como existem inúmeras formas de entender, sempre é necessário que se opte por alguma delas, e, assim, é muito improvável que essa versão coincida exatamente com aquilo que quem falou desejava dar a conhecer; b) *a impossibilidade de alcance além do círculo dos presentes*. É improvável que a comunicação que ocorre na presença física dos interlocutores chegue a mais pessoas. Mesmo que o avanço da tecnologia da sociedade contemporânea tem tentado contribuir para a redução desta improbabilidade, mas, paradoxalmente, ela tem aumentado (DAMACENA, HOHENDORFF, 2016). Mesmo que a comunicação ocorra com transmissores móveis, é improvável que tenha a atenção devida, eis cada indivíduo tem seus próprios interesses; e c) *a improbabilidade que o outro aceite a proposta contida na comunicação* é a última das três etapas da improbabilidade da comunicação (LUHMANN, 2001) A decisão de aceitar ou não uma mensagem está ligada a fazer uma seleção e à tomada de decisão. Essas três improbabilidades se reforçam mutuamente, de modo que, quando alguma se torna menos improvável, as outras aumentam sua improbabilidade: se o outro é entendido, os motivos para se recusar a aceitar aumentam; se consegue-se alcançar pessoas que não estão presentes, a probabilidade de sua incompreensão e rejeição aumenta. Além disso, ao melhorar a probabilidade de alcançar aqueles que não estão presentes, as condições para se afastarem aumentam e assim, aumenta-

se a segunda improbabilidade.

Asociedade é comunicação, assim, tudo o que se comunica faz parte da sociedade ou é sociedade. Possui uma clausura autorreferencial, e assim, tudo que deve ser substituído ou mudado, em seu interior, precisa ocorrer a partir de seu próprio interior. É assim que a sociedade comunica, se transforma e se complexifica. Deste modo, não há como pensar sociedade sem comunicação. É unicamente a comunicação que diferencia a sociedade de seu entorno e, logo, dos demais sistemas.

Retornando então à questão da comunicação entre sistemas, e ao fato de que toda a pesquisa séria deve ter esse caráter de transdisciplinaridade, cabe lembrar que “[...] não é nada fácil analisar o Direito de um ponto de vista transdisciplinar. O Direito parece ser algo muito diferente da Física, da Biologia, estando distante destas questões mais voltadas à Terra, à natureza”. (ROCHA, 2006, p. 181). Em relação à transdisciplinaridade necessária, os saberes são de todos, e de ninguém, são construídos pela contingência dos momentos históricos, sociais, culturais, da vida, do cotidiano, e aí é que está toda a sua beleza e intensidade

Desta maneira, a busca de respostas aos desafios surgidos do uso das nanotecnologias e dos riscos nanotecnológicos, precisará envolver diferentes áreas do conhecimento, com a busca de um mesmo propósito, guiadas pelos princípios constitucionais, principalmente a sustentabilidade.

Uma vez que a comunicação entre os sistemas é improvável e existindo dificuldades em se adaptar aos riscos nanotecnológicos, a clausura sistêmica que dificulta essas ressonâncias entre os sistemas, ao mesmo tempo garante uma operação específica para cada sistema e assim preserva a sua identidade (ROCHA, WEYERMÜLLER, 2014), precisa-se criar mecanismos que possibilitem essa comunicação entre os sistemas, objetivando uma maior sustentabilidade da inovação nanotecnológica.

Intenciona-se observar que as práticas preocupadas com a sustentabilidade como a gestão dos riscos durante o processo de decisão, possam ser um possível acoplamento estrutural entre o sistema da Ciência e do Direito, de modo a permitir uma gestão mais adequada do risco nanotecnológico, comunicando entre os sistemas as ideias de risco, de modo a pensar-se, sustentavelmente, o futuro das nanotecnologias. Como o Direito e a ciência se tratam de sistemas autopoieticos, funcionalmente diferenciados, a comunicação entre eles é complexa e envolve acoplamentos estruturais.

Um acoplamento estrutural seria uma espécie de ponte, entre dois sistemas, uma ligação comum, possibilitando o acoplamento de subsídios de um sistema ao outro, quando necessário, ou seja, “[...] el acoplamento estructural consiste en una adaptación permanente entre sistemas diferentes, que mantienen su especificidad”. (LUHMANN, 2005, p. 36) Pensando-se em riscos nanotecnológicos, esta ideia seria extremamente importante, pois possibilitaria uma via de duas direções entre o sistema do Direito e da Ciência acerca dos riscos, e permitiria a criação coletiva de

mecanismos, frente a inexistência de regulação, para o desenvolvimento sustentável de novos nanoproductos.

A comunicação entre sistemas é um fenômeno extremamente complexo na sociedade e, pode-se dizer que se trata de uma comunicação tão contingente quanto o número de sistemas sociais. Sobre esta comunicação, com relação ao sistema do Direito, questão perpassa tanto pelo meio através do qual o sistema jurídico produz informações ao ambiente tanto quanto pela forma que essas informações são assimiladas ao ambiente social (SIMIONI, 2011).

O Direito em conjunto com áreas técnicas, precisa desenhar caminhos para que os cientistas percebam e se preocupem não somente com os riscos atuais mas também com os riscos para as futuras gerações, em relação ao desenvolvimento e aplicações de novas tecnologias. O Direito não determina o que ocorre na sociedade, ele apenas estimula os outros sistemas que compõe seu ambiente emitindo informações e, essas, para que alcancem o sucesso desejado pelo sistema jurídico precisam causar a ressonância adequada, principalmente no Sistema Econômico e, pensando-se em riscos nanotecnológicos, mais ainda, no Sistema da Ciência.

5 | CONCLUSÃO

Hoje existem aeronaves mais resistentes e mais leves, cimento auto-reparador capaz de mudar a cor, cristais auto-limpantes e materiais que imitam a estrutura interna dos seres vivos e, embora pareçam produtos de ficção científica, eles são uma realidade graças à nanotecnologia, uma ciência que está expandindo o horizonte dos materiais para lugares desconhecidos.

Terminando, mas não exaustivamente encerrando a necessária imersão do Sistema do Direito na discussão sobre risco nanotecnológico, lembrando das palavras de Ost (1995, p.389) que menciona que é necessário “[...] sobretudo, não concluir, resistindo à tentação da última palavra, esse traço feito no final de páginas acumuladas. Rejeitar esse desejo de encerramento que tranquiliza, julgando tudo reunir”. Assim, este trabalho é mais um passo rumo à discussão das possibilidades e desafios que o uso das nanotecnologias poderão gerar.

As nanotecnologias vêm sendo destacadas como uma área inovadora com inúmeros potenciais inclusive para contribuir positivamente para a busca da sustentabilidade e assim, atraem cada vez mais investimentos, mas, ao mesmo tempo, as dúvidas e incertezas acerca dos riscos nanotecnológicos permanecem. São promessas benéficas de avanço na medicina, na remediação ambiental, e tantas outras áreas. Os benefícios são elevados, porém, existem diversos resultados de pesquisas divulgados pelo Sistema da Ciência que acendem um sinal de alerta no que se refere à saúde humana e ao meio ambiente. Assim, na contramão deste viés positivo, observa-se o cenário de risco, com alertas da comunidade científica que

trazem para o debate o risco de danos jamais vistos na interação das nanopartículas com o ecossistema, de modo que se faz necessário impor certo grau de precaução, e estabelecer diretrizes mínimas de segurança, a fim de proteger as presentes e futuras gerações. O cenário das nanotecnologias exigirá a tomada de decisão perspectivada no presente e futuro.

A impossibilidade de intervenção externa por parte de cada sistema, no caso o do Direito, demonstra o grande desafio da comunicação inter-sistêmica que passa pelas múltiplas interações comunicacionais. Ainda, quanto à comunicação inter-sistêmica do risco, entre sistema da Ciência e do Direito, necessário se faz tratar da gestão dos riscos durante o processo de decisão no ambiente complexo da sociedade atual, inclusive com a devida ressalva à necessidade de se avaliar os riscos ao longo de todo o ciclo de vida dos nanomateriais, desde o berço até o túmulo, caso a caso, de modo que seja viabilizada uma produção sustentável destes materiais, também preocupada com o futuro do ambiente, com a qualidade de vida e com a equidade intergeracional.

Uma vez que o conhecimento disponível para definir todos os possíveis riscos associados aos nanomateriais ainda é pouco explorado, se torna imprescindível a gestão dos riscos para que as decisões possam projetar a redução deles. Portanto, a análise dos produtos ao longo de todo o seu ciclo de vida, desde o nascimento até o túmulo, se faz absolutamente necessária para a geração dos dados necessários para uma avaliação ambiental mais completa possível, dentro do atual estado da arte do conhecimento

Desta forma, o problema de pesquisa apresentado: sob quais condições o Sistema do Direito, pode lidar com a improbabilidade da comunicação inter-sistêmica entre o Direito e a Ciência, frente ao desafio que os riscos nanotecnológicos representam para a gestão sustentável da inovação nanotecnológica, tem como resposta que, somente frente a uma adequada gestão de riscos, que necessita obrigatoriamente de um trabalho realizado entre diferentes áreas do conhecimento (transdisciplinaridade) será possível a redução das improbabilidades da comunicação e, desta forma, uma maior, mais intensa e profícua comunicação entre os sistemas da Ciência e do Direito, objetivando o desenvolvimento das inovações nanotecnológicas de forma sustentável.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI). **Estudo prospectivo nanotecnologia**. Brasília, DF, 2010. (Série Cadernos da Indústria ABDI, v. 20). Disponível em: <<http://www.abdi.com.br/Estudo/Estudo%20Prospectivo%20de%20Nanotecnologia.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

CHENG, Huai. N. et al. Nanotechnology overview: opportunities and challenges. In: CHENG, Huai. N. et al. (Ed.). **Nanotechnology**: delivering on the promise. Washington: American Chemical Society, 2016 v. 1. (ACS Symposium Series, 1220).

DAMACENA, Fernanada Dala Libera; HOHENDORFF, Raquel v. Organização e (im)probabilidade da comunicação: a inovação metodologia como ponte para a redução da complexidade no ensino do Direito. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 8, n. 15, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/368/352>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

DREXLER, Eric. **Radical abundance, how a revolution in nanotechnology will change civilization**. New York: Affairs, 2013

DURÁN, Nelson; MATTOSO, Luiz Henrique Capparelli; MORAIS, Paulo Cezar de. **Nanotecnologia: introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação**. 1. ed. São Paulo: Artliber, 2006.

ENGELMANN, Wilson. Os desafios jurídicos da aplicação do princípio da precaução. Comentário ao Recurso Extraordinário 627.189/SP. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 981, 2017.

INTRODUCTION. **Nanotechnology Products Database (NPD)**. [S.l.], 2017. Disponível em: <<http://product.statnano.com/>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Tradução: Anabela Carvalho e Seleção e apresentação: João Pissarra Esteves. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Herder: Ed. Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luis (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: mestrado e doutorado: 2001**. 1. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2001.

ROCHA, Leonel Severo. Sistema do direito e transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a autopoiese. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 2**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia Jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA, Leonel S.; MARTINI, Sandra R. **Teoria e prática dos sistemas sociais e direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ROCHA, Leonel Severo; WEYERMÜLLER, André Rafael. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann. **Novos Estudos Jurídicos, Itajaí**, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5549/2955>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

SIMIONI, Rafael L. **Direito ambiental e sustentabilidade**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WHO guidelines on protecting workers from potential risks of manufactured nanomaterials**. Geneva, 2017. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/259671/1/9789241550048-eng.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

SOBRE O ORGANIZADOR

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Abandono 96, 157, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 214, 232, 233, 244

Adolescente 184, 185, 186, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 199, 200, 204, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 244, 245, 247, 248

Ativismo judicial 37, 39, 42, 43, 45, 156, 157, 158, 161, 162, 164, 165, 166

C

Criança 163, 184, 185, 186, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 199, 200, 201, 204, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 224, 225, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 239, 240, 241, 242, 244, 245, 248, 294

D

Desenvolvimento 1, 2, 5, 6, 26, 27, 28, 37, 39, 40, 41, 42, 54, 60, 63, 65, 66, 74, 80, 82, 83, 88, 90, 91, 96, 98, 106, 107, 129, 138, 139, 141, 144, 158, 190, 191, 193, 200, 201, 206, 212, 214, 219, 221, 223, 229, 232, 233, 237, 238, 239, 241, 247, 250, 251, 253, 259, 267, 277, 278, 281, 288, 289, 290, 291, 299, 301, 302, 303, 304, 305, 308, 309, 313, 314, 315, 316, 322, 323, 325

Dignidade 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 57, 61, 62, 66, 69, 72, 74, 75, 79, 80, 85, 104, 105, 110, 116, 129, 137, 140, 141, 156, 157, 158, 159, 162, 163, 165, 178, 183, 185, 190, 196, 200, 213, 218, 219, 221, 233, 241

Direito 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 47, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 98, 99, 100, 101, 104, 105, 106, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 140, 144, 146, 148, 153, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 172, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 183, 187, 193, 195, 196, 198, 200, 201, 206, 207, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 224, 229, 237, 240, 241, 244, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 263, 273, 274, 276, 278, 279, 280, 281, 283, 284, 285, 300, 301, 302, 304, 306, 307, 308, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 324, 325

Direitos fundamentais 2, 26, 28, 32, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 49, 52, 53, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 70, 93, 105, 123, 132, 153, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 164, 165, 166, 186, 198, 233, 278

Direitos humanos 1, 3, 5, 6, 9, 11, 12, 19, 20, 21, 28, 29, 34, 35, 36, 49, 60, 61, 68, 69, 72, 74, 75, 78, 79, 80, 83, 87, 90, 91, 92, 96, 97, 101, 102, 103, 104, 108, 109, 110,

114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 136, 137, 138, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 153, 195, 212, 214, 216, 217, 218, 219, 237, 292, 325

E

Educação 6, 7, 10, 11, 54, 74, 77, 78, 83, 85, 88, 146, 153, 170, 195, 198, 199, 200, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 210, 211, 213, 221, 227, 229, 232, 233, 238, 240, 241, 244, 245, 246, 248, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 281, 325

Efetivação 41, 47, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 121, 145, 164, 165, 185, 200, 207, 233, 274

Ensino 156, 166, 183, 201, 202, 204, 205, 206, 207, 208, 227, 228, 247, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 260, 261, 264, 265, 266, 269, 270, 273, 279, 280, 281, 283, 284, 285, 324, 325

Estatuto 28, 99, 100, 113, 125, 126, 129, 184, 186, 191, 192, 195, 196, 199, 200, 201, 204, 207, 208, 211, 219, 220, 221, 225, 227, 230, 231, 233, 234, 235, 239, 240, 241, 242, 248, 259

Exploração 158, 167, 168, 169, 172, 179, 180, 186, 191, 200, 209, 210, 213, 221, 241

F

Família 6, 54, 61, 163, 172, 180, 185, 186, 194, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 206, 207, 208, 210, 213, 215, 217, 218, 221, 222, 226, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 241, 248, 277, 283

Feminino 136, 137, 138, 139, 151, 152, 153, 154, 156, 170, 175, 186, 187, 188, 224

Feminismo 136, 137, 139, 141, 143, 146, 167, 169, 170, 173, 174, 175, 176, 178, 180

Formação 17, 62, 75, 90, 119, 126, 201, 213, 223, 224, 242, 245, 248, 250, 253, 254, 262, 267, 268, 269, 273, 274, 278, 279, 280, 281, 283, 292, 325

J

Jurisprudência 13, 15, 18, 20, 21, 23, 24, 30, 38, 44, 46, 68, 70, 185, 190, 228, 253, 258, 259, 280, 281

L

Legislação 7, 19, 29, 34, 35, 45, 46, 60, 62, 89, 114, 124, 130, 193, 198, 199, 210, 217, 220, 225, 226, 227, 232, 239, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 261, 278, 284, 307

Liberdade 8, 21, 26, 28, 29, 32, 50, 55, 57, 60, 61, 62, 63, 65, 67, 70, 74, 76, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 102, 104, 126, 130, 148, 151, 152, 153, 158, 160, 167, 169, 170, 181, 200, 201, 213, 215, 216, 218, 221, 226, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 241, 242, 244, 245, 248, 253, 256, 264, 292, 293, 297

M

Medida socioeducativa 234, 235, 236, 237, 238, 245, 246, 247

Mulher 137, 138, 139, 142, 143, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 152, 153, 154, 156, 163, 164, 165, 167, 170, 172, 175, 177, 178, 181, 182, 186, 187, 224, 294, 298

P

Pessoa humana 4, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 33, 34, 57, 62, 63, 66, 69, 72, 74, 85, 90, 104, 105, 110, 156, 157, 158, 159, 162, 165, 213, 218

Princípios 28, 32, 38, 43, 49, 55, 56, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 74, 78, 85, 89, 96, 103, 104, 105, 110, 158, 165, 183, 184, 191, 195, 201, 225, 226, 227, 231, 233, 234, 237, 250, 251, 252, 253, 255, 256, 258, 259, 273, 275, 305, 321

R

Refugiados 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 135

Refúgio 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 124, 125, 129, 132

Responsabilidade 9, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 77, 89, 93, 106, 120, 124, 125, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 202, 203, 204, 211, 216, 218, 227, 233, 234, 235

Ressocialização 34, 51, 54, 66, 77, 229, 240, 244, 248

S

Sistema Interamericano 1, 4, 5, 6, 11, 12, 19

Sociedade 27, 34, 36, 51, 54, 59, 62, 64, 66, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 90, 91, 93, 96, 97, 114, 116, 119, 120, 126, 139, 140, 141, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 157, 159, 160, 161, 164, 170, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 182, 185, 186, 198, 200, 201, 203, 206, 208, 209, 210, 213, 214, 216, 217, 218, 220, 221, 222, 224, 225, 226, 227, 228, 232, 233, 234, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 248, 250, 262, 264, 267, 270, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 279, 282, 292, 298, 304, 305, 306, 309, 310, 311, 314, 316, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324

T

Tecnologia 73, 80, 81, 84, 90, 91, 161, 260, 261, 263, 264, 268, 272, 274, 301, 302, 303, 306, 307, 310, 315, 316, 320

V

Violência 8, 34, 73, 76, 102, 104, 112, 113, 120, 133, 137, 142, 143, 145, 146, 147, 148, 149, 152, 153, 154, 155, 175, 177, 178, 180, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 191, 192, 194, 195, 196, 197, 200, 209, 210, 212, 213, 221, 224, 232, 241, 242, 244, 246, 292, 293, 294

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-7247-676-8



9 788572 476768