

Cidadania, Poder e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito 2

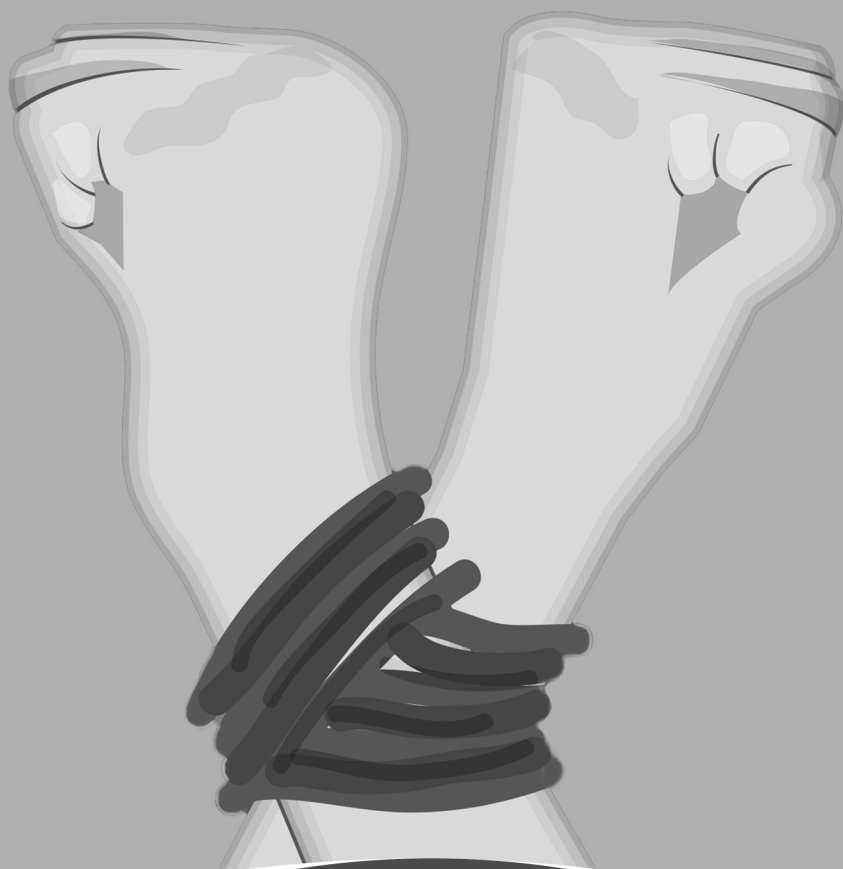
Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)



Atena
Editora
Ano 2020

Cidadania, Poder e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito 2

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)



Atena
Editora
Ano 2020

Editora Chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes Editoriais

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto Gráfico e Diagramação

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremona

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da Capa

Shutterstock

Edição de Arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os Autores

2020 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2020 Os autores

Copyright da Edição © 2020 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena

Editora pelos autores.



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. 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.

A Atena Editora não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
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. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves -Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino
Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
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. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará
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 Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Me. Adalto Moreira Braz – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí
Prof. Me. Alexsandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Ma. Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia
Profª Ma. Anelisa Mota Gregoleti – Universidade Estadual de Maringá
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas
Prof. Me. Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Me. Euvaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
Prof. Dr. Fabiano Lemos Pereira – Prefeitura Municipal de Macaé
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Me. Givanildo de Oliveira Santos – Secretaria da Educação de Goiás
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza
Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Me. Javier Antonio Alborno – University of Miami and Miami Dade College
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFPA
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis
Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior

Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo

Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará

Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri

Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco

Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal

Prof. Me. Robson Lucas Soares da Silva – Universidade Federal da Paraíba

Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco

Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão

Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo

Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana

Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí

Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo

Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Bibliotecária: Janaina Ramos
Diagramação: Luiza Alves Batista
Correção: David Emanuel Freitas
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: Os Autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C568 Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito 2 / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2020.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-5706-483-2
DOI 10.22533/at.ed.832202710

1. Democracia. 2. Estado democrático. 3. Direito. 4. Cidadania. I. (Organizador) Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de. II. Título.

CDD 321.8

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

Em **CIDADANIA, PODER E DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – VOL. II**, coletânea de dezenove capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, se faz presente discussões de temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica de cidadania que impacta na construção de um estado democrático de direito genuinamente inclusivo, diverso e de/para todos.

Temos, nesse segundo volume, três grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações, nelas estão debates que circundam direitos humanos; teoria do direito, processo civil e mediação; e direitos sociais.

Direitos humanos traz análises relevantes como negação de direitos humanos, pessoas com deficiência, Agenda 2030, empresas e direitos humanos, refugiados, trabalho, América Latina, meio ambiente e nanotecnologia.

Em teoria do direito, processo civil e mediação são verificadas contribuições que versam sobre contrato social e descontinuidade da ordem, sanção e teoria positivista, duplo grau de jurisdição, mediação e o mediador.

Nos direitos sociais são encontradas questões relativas ao acesso aos serviços sociais, função social da propriedade urbana, direito de superfície e direito de laje, além da questão agrária a partir da ordem de despejo realizada no Centro de Formação Paulo Freire no estado de Pernambuco.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1..... 1

A NEGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO NAZISTA

Enedina Gizeli Albano Moura
Francisco Lucas de Lima Fontes
Izabelle Carvalho Lima
Raimundo Jucier Sousa de Assis

DOI 10.22533/at.ed.8322027101

CAPÍTULO 2..... 18

A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A INCLUSÃO EM DESTINOS TURÍSTICOS

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó
Luiziane Silva Saraiva
Saulo Ribeiro dos Santos

DOI 10.22533/at.ed.8322027102

CAPÍTULO 3..... 25

O DIREITO (FUNDAMENTAL) À SAÚDE TUTELADO PELA ATUAÇÃO DA ONU - OBJETIVO 3 DA AGENDA 2030

Graziela Moraes

DOI 10.22533/at.ed.8322027103

CAPÍTULO 4..... 40

O ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Gerardo Bernales Rojas

DOI 10.22533/at.ed.8322027104

CAPÍTULO 5..... 65

UM OLHAR DE GÊNERO SOBRE O TRATADO DE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Juliana Bertholdi
Angelina Colaci Tavares Moreira
Marina Bonatto

DOI 10.22533/at.ed.8322027105

CAPÍTULO 6..... 78

A CRISE DOS REFUGIADOS NO CONTINENTE EUROPEU

Alisson Maffei
Daniela Ignácio
Leonardo Hesper Robinson
Pedro Trindade Petersen

DOI 10.22533/at.ed.8322027106

CAPÍTULO 7..... 90

EFEITOS PRÁTICOS DA RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 182 DA OIT NO BRASIL E

EM PORTUGAL

Felipe Pepe Machado

DOI 10.22533/at.ed.8322027107

CAPÍTULO 8..... 109

INTERVENÇÃO ESTRUTURAL E BLOQUEIOS POLÍTICOS E INSTITUCIONAIS: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA

Luis Renato Ribeiro Pereira de Almeida

Gleison Heringer Vieira Domingues

DOI 10.22533/at.ed.8322027108

CAPÍTULO 9..... 122

ANÁLISE CRÍTICA DA CONVENÇÃO DE AARHUS EM MATÉRIA AMBIENTAL SOB A ÓTICA DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: ACESSO À INFORMAÇÃO, À JUSTIÇA E PARTICIPAÇÃO NA TOMADA DE DECISÃO

Manoel Coracy Saboia Dias

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes

DOI 10.22533/at.ed.8322027109

CAPÍTULO 10..... 140

OS NOVOS RISCOS DA SOCIEDADE NANOTECNOLÓGICA E SUAS INTERFACES COM O SISTEMA DO DIREITO

Raquel Von Hohendorff

Daniele Weber da Silva Leal

DOI 10.22533/at.ed.83220271010

CAPÍTULO 11..... 155

CONTRATO SOCIAL DO SÉCULO XXI E A DESCONTINUIDADE DA ORDEM

Juliano Brito

DOI 10.22533/at.ed.83220271011

CAPÍTULO 12..... 172

DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE SANÇÃO NA TEORIA POSITIVISTA DE Kelsen À BOBBIO

Heitor Antunes Milhomens

DOI 10.22533/at.ed.83220271012

CAPÍTULO 13..... 187

O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO CIVIL

Milena Rocha Carbonar

Nayara de Fátima Verdi

João Pedro do Prado Sanches

DOI 10.22533/at.ed.83220271013

CAPÍTULO 14..... 195

A MEDIAÇÃO, A IMPORTÂNCIA DO MEDIADOR E SUA ATUAL RESPONSABILIDADE

Iracecilia Melsens Silva da Rocha

DOI 10.22533/at.ed.83220271014

CAPÍTULO 15.....208

O MEDIADOR NO JUDICIÁRIO: ELEIÇÃO OU CONCURSO UMA ANÁLISE A PARTIR DA OBRA DE PIERRE ROSANVALLON

Claudia Ernst Rohden

Janaína Soares Schorr

DOI 10.22533/at.ed.83220271015

CAPÍTULO 16.....221

UN NUEVO DERECHO SOCIAL: EL ACCESO A LOS SERVICIOS SOCIALES COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA DE PROTECCIÓN DE LA CIUDADANÍA

Maria Victòria Forns i Fernández

DOI 10.22533/at.ed.83220271016

CAPÍTULO 17.....234

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E DIREITO À MORADIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO DE SUPERFÍCIE E DO DIREITO DE LAJE

Luís Henrique da Silva Hennika

Janaína Rigo Santin

DOI 10.22533/at.ed.83220271017

CAPÍTULO 18.....252

A POSIÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE A QUESTÃO AGRÁRIA: UM ESTUDO SOBRE A VIOLENTA ORDEM DE DESPEJO DO CENTRO DE FORMAÇÃO PAULO FREIRE EM NORMANDIA EM CARUARU-PE

Aphonsus Aureliano Sales da Cunha

Elba Ravane Alves Amorim

DOI 10.22533/at.ed.83220271018

CAPÍTULO 19.....271

CATADORES DE RESÍDUOS SÓLIDOS E A CENTRALIDADE DO NOVO TRABALHO: IMPLICAÇÕES E PERSPECTIVAS PARA O SUBPROLETARIADO URBANO

Ana Maria Paim Camardelo

Lucas Garcia Battisti

DOI 10.22533/at.ed.83220271019

SOBRE O ORGANIZADOR.....285

ÍNDICE REMISSIVO.....286

CAPÍTULO 1

A NEGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO NAZISTA

Data de aceite: 01/10/2020

Data de submissão: 31/08/2020

Enedina Gizeli Albano Moura

Universidade Federal do Piauí (PPGCP-UFPI).

Teresina, Piauí, Brasil.

<http://lattes.cnpq.br/9008543120779777>

<https://orcid.org/0000-0003-0050-6071>

Francisco Lucas de Lima Fontes

Universidade Federal do Piauí (PPGCP-UFPI).

Teresina, Piauí, Brasil.

<http://lattes.cnpq.br/1608853668745294>

<https://orcid.org/0000-0003-1880-9329>

Izabelle Carvalho Lima

Universidade Federal do Piauí (PPGCP-UFPI).

Teresina, Piauí, Brasil.

<http://lattes.cnpq.br/8827637341167397>

<https://orcid.org/0000-0001-9145-3176>

Raimundo Jucier Sousa de Assis

Universidade Federal do Piauí (PPGCP-UFPI).

Teresina, Piauí, Brasil.

<http://lattes.cnpq.br/5392635092862026>

<https://orcid.org/0000-0001-6573-7175>

RESUMO: A ideologia nazista praticada entre 1933 e 1945 pelo Partido Nazista da Alemanha foi tão cruel e desumana que ainda hoje percebemos o quão repugnante foram os crimes praticados neste período. A partir disso, estuda-se aqui como as condutas dos nacionais-socialistas alemães feriram o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que tais práticas violaram

demasiadamente os direitos humanos ao ponto de provocarem a confecção da Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pela Organização das Nações Unidas. A teoria nazista de superioridade da raça ariana, que desvalorizava todas as outras, principalmente judeus, ciganos e homossexuais, foi concretizada em campos de extermínio e foram praticados na mais absoluta legalidade dentro dos ditames jurídicos da época, pois o positivismo jurídico contribuiu em muito para a manutenção das arbitrariedades praticadas por Hitler e pelo nacional-socialismo alemão. Foi criado o Decreto para a Proteção do Povo e do Estado, que previa, em síntese, a suspensão das liberdades civis e individuais, a pena de morte, a intervenção em Estados para garantir a ordem e a mudança no sistema da Constituição de Weimar para fechado e a criação do Ato de Habilitação que trouxe consequências que violaram diversos direitos coletivos e individuais, sociais e políticos. Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo acordou para tamanhas atrocidades, tão bem representadas pelo holocausto e passou a demonstrar aversão à negação dos direitos humanos marcados por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial realizado pelo então líder nazista Adolf Hitler. É neste cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional dos direitos humanos que embasaram o Tribunal de Nuremberg e a criação do Tribunal Penal Internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, Estado Nazista, Declaração Universal dos Direitos do Homem.

THE DENIAL OF HUMAN RIGHTS IN THE NAZI STATE

ABSTRACT: The Nazi ideology practiced between 1933 and 1945 by the Nazi Party of Germany was so cruel and inhumane that we still realize today how repugnant the crimes committed in this period were. Such practices have violated human rights too much to the point of producing the United Nations Universal Declaration on Human Rights. The Nazi theory of superiority of the Aryan race, which devalued all others, especially the Jews, Gypsies and homosexuals, was concretized in extermination camps and were practiced in the most absolute legality within the legal dictates of the time, since legal positivism contributed much for the maintenance of the arbitrariness practiced by Hitler and German National Socialism. From this, one studies whether, through their conduct, the German National Socialists have hurt the fundamental principle of the dignity of the human person. The Decree for the Protection of the People and the State was created, which envisaged the suspension of civil and individual liberties, the death penalty, intervention in States to ensure order and change in the Weimar Constitution system for and the creation of the Habilitation Act that brought consequences that violated various collective, individual, social and political rights. After World War II, the world woke up to such atrocities, so well represented by the Holocaust and began to show aversion to the denial of human rights marked by two world wars and the absolute horror of the genocide conceived as a political and industrial project carried out by the then Nazi leader Adolf Hitler. It is in this scenario that the effort to reconstruct human rights is seen as a paradigm and ethical reference to guide the international order of human rights that underpinned the Nuremberg Trial and the creation of the International Criminal Court.

KEYWORDS: Human Rights, Nazi State, Universal Declaration on Human Rights.

1 | INTRODUÇÃO

Ao tratar da *negação dos direitos humanos no Estado Nazista* tem-se a pretensão de demonstrar como o nazismo impactou os direitos humanos e como o peso da sua história foi indispensável para construção de alguns institutos de proteção e preservação dos direitos humanos a nível local e internacional, a partir do estudo da ideologia nazista e do positivismo legal.

As ideologias hitlerianas, tais como, o combate ao socialismo e à democracia, representavam assim, uma forma extrema do fascismo e serviram de base para a supervalorização da raça ariana (indo-europeus). Repugnando, excluindo e massacrando ciganos, eslavos, homossexuais e principalmente os judeus, raça perseguida e disseminada em quase sua totalidade, dentre alguns motivos vistos na história, por serem responsáveis pela derrota alemã na Primeira Guerra Mundial e pelas consequências sofridas pela assinatura do Tratado de Versalhes. E, com esses motivos, e mais um discurso persuasivo, Hitler conseguir convencer toda nação alemã a cometer os mais cruéis e violentos crimes de guerra assegurado pelo positivismo jurídico da época.

Os horrores praticados pelos nacionais-socialistas alemães, antes e durante a Segunda Guerra Mundial, trouxeram ao mundo importantes lições que não devem ser

perdas, esquecidas ou minimizadas. Durante a Segunda Guerra Mundial, os nazistas violaram os mais variados direitos humanos, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana em toda sua dimensão. Realizaram a execução de milhares de judeus, cerca de seis milhões foram contabilizados, desrespeitando os direitos individuais, sociais, políticos e coletivos.

Ao mundo, e ao pesquisador importa examinar o ocorrido àquela época, de modo a evitar futuras violações. É de grande importância estudar os fatos indignos e violadores de direitos ocorridos, bem como examinar até que ponto o direito posto daquela época contribuiu ou não para o desfecho do nazismo e os horrores da guerra, culminando com o holocausto.

O trabalho em questão tem como objetivos trazer as claras os direitos humanos e como estes, levados pela ideologia nazista e antisemita, racista e de extrema-direita foram deliberadamente violados, verificando os horrores praticados pelos nacional-socialistas antes e durante a Segunda Guerra Mundial, especialmente face aos judeus, bem como discutir os efeitos (negativos e positivos) dos atos praticados contra os direitos humanos para a sociedade, perfazendo-se uma análise contemporânea dessas violações. A metodologia utilizada é de revisão narrativa de literatura, onde foram utilizadas bases de dados científicas para sua construção, bem como livros e outros documentos incorporados por serem considerados relevantes.

2 | DIREITOS HUMANOS: CONCEITOS, EVOLUÇÃO E CARACTERÍSTICAS

Dentre as inúmeras conceituações referentes ao tema, destaca-se a que se entende ser a melhor forma de conceituar direitos humanos quando coloca-se em confronto a preservação dos direitos humanos versus os excessos de poderes do Estado:

A proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado ou regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (ÂNGELO, 1998, p.18).

Nessa análise histórico-evolutiva, escreve Leal (2000) que os direitos humanos têm uma evolução paralela à transformação da sociedade. Em primeiro lugar, cumpre lembrar que a garantia dos direitos humanos nem sempre existiu, ela é uma proteção recente. A história dos direitos humanos no ocidente é a história da própria condição humana e de seu desenvolvimento nos diversos modelos e ciclos econômicos, políticos e culturais pelos quais a humanidade vivenciou.

Segundo Franzoi (2003), inicialmente essa evolução se dá com o povo hebreu, onde a ideia de proteção à pessoa humana tinha uma conotação religiosa. Passa pela antiguidade romana, posteriormente pela Idade Média. Mas, somente com os movimentos revolucionários do liberalismo ocorrido na França, uma conquista é alcançada, qual seja,

a elevação da pessoa humana à condição de cidadão, com direitos e deveres iguais. Com isso, destaca-se aquela que foi a primeira expressão dos direitos humanos (propriamente ditos): a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776. A partir dessa declaração, todos os estados americanos instituíram um sistema próprio, baseados em princípios que garantiam verdadeiramente a proteção dos direitos humanos.

Ainda o mesmo autor entende que a segunda expressão foi a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Esta declaração é de suma importância, pois foi por meio dela que houve a distinção entre homem e cidadão.

Conclui que a partir do final do século XIX, passando-se pelo século XX, a grande maioria dos países introduziram em suas Constituições a proteção aos direitos humanos. Portanto, percebe-se que o grande objetivo da instituição dos direitos fundamentais compreende, basicamente, a proteção eficaz da dignidade da pessoa humana, incluindo-se, aqui, valores como o direito à vida, à liberdade, segurança e propriedade, dentre outros (FRANZOI, 2003).

Para Faleiro (2016), a dignidade da pessoa humana é uma expressão de conteúdo materialmente aberto, vago e indeterminado, de difícil conceituação. É um atributo do ser humano, pelo simples fato de sua condição humana, inerente a toda e qualquer pessoa. Não podendo ser alienado ou renunciado, nem mesmo concedido por uma ordem jurídica, já que é condição intrínseca ao indivíduo.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabeleceu, em seu art. 1º, III, que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Assim, deu-se à dignidade da pessoa humana, o status de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, pois todo e qualquer direito fundamental dela decorre e com ela se conecta.

A pessoa humana é um fim em si mesmo e não um meio. Razão pela qual se repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano, sendo neste sentido o teor de seu segundo imperativo categórico: “Age de tal maneira que uses a humanidade tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.” Para Immanuel Kant, pessoas têm dignidade e coisas, preço (KANT, 2007).

Logo, constata-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988, já em seu limiar, andou bem ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídico-constitucional, pois que é desse princípio que decorre todo e qualquer direito

fundamental, sendo que o Estado somente existe para atendimento das necessidades dos seres humanos.

Para Sarlet (2006), a dignidade da pessoa humana não encontra um conceito fixo, estando em constante construção e desenvolvimento. É ela inalienável e irrenunciável, sendo tanto limite como tarefa dos poderes estatais e da comunidade, possuindo uma dimensão defensiva (negativa) e uma dimensão prestacional (positiva):

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade (SARLET, 2006, p. 47).

Ou seja, assevera-se que a dignidade é algo que pertence a cada um e a todos, não podendo ser perdido ou alienado, pois em sua inexistência não haveria mais limite ao seu respeito.

Enfim, a partir dessa compreensão evolutiva, oportuniza-se compreensão dos direitos elementares garantidores da vida e da dignidade da pessoa humana, passando-se pela proteção aos direitos sociais e coletivos até chegar à garantia dos direitos tidos como “de consequência”, mais complexos, resultado do avanço da tecnologia e do desenvolvimento da ciência pós-moderna.

3 | A IDEOLOGIA NAZISTA

Também denominada de Nacional-Socialismo, o nazismo caracteriza a política ditatorial, anticomunista, racista, nacionalista e antissemita que esteve no poder na Alemanha, no Terceiro Reich, entre 1933 e 1945. Na história da Alemanha, essa ideologia nunca teve tanta força, pois sempre houve forte rejeição pela maioria da população alemã. Porém, o resultado da Primeira Guerra Mundial juntamente com a imposição do Tratado de Versalhes desequilibrou a Alemanha em todos os aspectos sociais e econômicos. Com isso, criou-se a necessidade de uma reorganização que se manifestou mediante uma República que durou 15 anos (BRENNAN, 2007).

Dentro dessa nova conjuntura falida da Alemanha, esperava-se pela mão ordenadora de um guia que a conduzisse para fora dessa crise. Este guia precisou de 12 anos para levar a Alemanha e a Europa completamente às ruínas, com 38 milhões de mortos e 6 milhões de judeus torturados e massacrados.

Adolf Hitler foi o principal idealizador do nazismo. Ele esteve no poder da Alemanha Nazista, conduzindo o Terceiro Reich alemão à Segunda Guerra Mundial. Graças ao modo de pensar e agir de Hitler, o nacionalismo e o racismo se deram as mãos em uma ideologia militarista, destruidora e desumana (ALOÍSIO, 2008). Mergulhados nessa ideologia, os nazistas baseavam a economia alemã como uma economia de guerra, havendo ainda o que eles chamavam de “problema judeu”, o que torna claro a intencionalidade de Hitler em cometer todos os crimes de destruição em massa por ele encabeçados.

A ideologia nacional-socialista foi baseada no termo “raça”. Os nazistas afirmavam que a raça ariana tratava-se da raça-mestra, superior às demais, justificando essa afirmação do seguinte modo

O nacional-socialismo prega que uma nação é a criação máxima de uma raça. Por consequência, grandes nações seriam a base da formação de grandes raças; as grandes nações se tornam poderosas devido a sua força militar e esta, por sua vez, provém de culturas civilizadas e racionais, criadas a partir de raças possuidoras de excelente saúde, inteligência acima da média, coragem sem limites e feições agressivas. (ALOÍSIO, 2008, p.67).

A ideologia nazista-hitleriana pregava ainda que raças que não tivessem condições de defender suas fronteiras gerariam raças fracas, escravas e submissas, podendo então serem escravizadas, invadidas e até mortas. Sendo assim, as raças sem pátria eram, a partir do raciocínio nazista, parasitas, tendo a raça-mestra poder para simplesmente eliminar as “raças parasitas” do seu território. Lutavam ainda, entre outras coisas, pela unificação da língua alemã em todos os territórios de domínios. A religião também foi alvo dos nazistas, uma vez afirmada que, aquelas que ensinassem “verdades”, eram consideradas “mestras”, por outro lado, qualquer religião que pregasse a tolerância e o amor, era rotulada de religião “falsa”, “escrava” (ALOÍSIO, 2008).

Essas foram justificativas teóricas para oprimir e exterminar judeus, eslavos, ciganos e até homossexuais, um “dever” que alguns nazistas, por incrível que pareça, achavam repugnante. Na teoria econômica, o partido nazista achava que um colapso do banco internacional tinha sido responsável pela depressão mundial na década de 1930, com o controle dessa conspiração identificado no grupo étnico chamado de “judeus”, o que se tornou mais um motivo para a destruição da raça judaica no holocausto.

As raízes ideológicas do nazismo alcançam profundezas ainda maiores. Na corrente racista o nazismo determina alguns de seus aspectos, como

Ódio aos judeus, o que culminou no holocausto; Nacionalismo étnico, fazendo os alemães se sentirem como sendo a “raça-mestra”; Crença na necessidade de tornar a raça germânica pura, por meio da eugenia, que acabou se transformando na eutanásia não voluntária de inúmeros seres humanos desprotegidos; Ir contra a igreja. (ALOÍSIO, 2008, p. 70).

Sobre o tema Azevedo (2014) lembra que:

[...] o alto grau de instabilidade experimentado pela sociedade alemã após a Primeira Guerra constitui uma das principais causas históricas do nazismo. Este processo de desintegração social transformou-se, no plano patológico, em um desejo intenso, quase mórbido, de unidade (AZEVEDO 2014, p. 91).

O autor ensina que, no começo, esta instabilidade era apenas um estado apático, sendo que era necessário, para superá-la, alguém com “opiniões definidas a fim de converter-se em autoridade”. Hitler era a pessoa indicada para isso, sendo que “havia, pois,

fatores favoráveis a uma ilimitada concentração de poder a fim de aumentar a unidade do grupo [...] esta noção exacerbada de unidade vai conduzir ao Estado totalitário” (AZEVEDO, 2014, p. 91-92).

Finaliza o autor entendendo que nessa época, portanto, o discurso dos nacionalistas-socialistas era de que somente uma autoridade absoluta poderia construir um governo forte. “O Estado, na concepção de Hitler, não era um fim em si mesmo, mas instrumento” (AZEVEDO, 2014, p. 93).

Hitler, em seu livro “Mein Kampf” (“Minha Luta”, no português), transcreve em poucas palavras a essência da ideologia nazista disseminada:

[...] defendia a hegemonia da raça ariana, alegando que a Alemanha só se reergueria quando os povos se unissem “num só povo, num só império, num só líder”. Outras etnias, como judeus e negros, deveriam ser executadas. Hitler não gostava de judeus, pois afirmava que a Primeira Guerra só fora desastrosa por conta da traição dos judeus marxistas. Além do ódio contra outras etnias, Hitler também defendia o extermínio de testemunhas de Jeová e homossexuais. E comunistas, é claro (FALEIRO, 2016, p. 5).

Como se vê, os nacionalistas-socialistas, liderados por Hitler, com essa ideia de raça ariana, superior, odiavam judeus, homossexuais e ciganos, criando uma política antisemita que levou ao holocausto.

4 I DOS DIREITOS HUMANOS VIOLADOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS (NEGATIVAS E POSITIVAS) PARA A HUMANIDADE

Sobre o contexto histórico que desencadeou as inúmeras violações aos direitos humanos, é exposto que a Alemanha, no final da Primeira Guerra, em 1918, encontrava-se em uma profunda crise. No intento de sair crise e assegurar o que restou, seus líderes acordaram paz, em documento conhecido como Tratado de Versalhes. Nele foram impostas à Alemanha, pelos países vencedores, diversas proibições, sendo-lhe também exigido o pagamento de uma indenização pelos danos oriundos da guerra. Todas estas imposições e restrições criaram um clima de revolta na população, que se sentiu humilhada (FALEIRO, 2016).

A história nos conta que o povo alemão se encontrava em péssimas condições decorrentes da guerra. Não havia trabalho, as pessoas passavam fome, a sociedade estava destruída. Na Rússia instalava-se o comunismo, sendo que os países capitalistas estavam sentindo-se ameaçados, o que levou a uma série de movimentos para conter o crescimento do comunismo.

Como se vê, os nacionalistas-socialistas, liderados por Führer, tinham a ideia de raça ariana, superior, odiavam judeus, homossexuais e ciganos, criando uma política antisemita que levou ao holocausto. Mas os atos realizados desde que o líder nazista assumiu o poder na Alemanha, em 1933, apesar de criminosos, extremamente brutais e desumanos, foram praticados na mais absoluta legalidade dentro dos ditames jurídicos da época.

O positivismo jurídico contribuiu em muito para a manutenção das arbitrariedades praticadas por Hitler e pelo nacional-socialismo Alemão, tanto que passado esse período de horror, juristas até então defensores do positivismo jurídico reconsideraram seus posicionamentos (AZEVEDO, 2014).

Neste contexto, partindo-se da ideia de que a lei deve ser cumprida sem influência de valores ou concepções éticas é que os juristas à época do nacional-socialismo foram surpreendidos e se encontraram de mãos atadas para mudar inúmeras arbitrariedades praticadas pelo nacional-socialismo.

Parte da história do nazismo e de como Hitler chegou ao poder supremo amparado pela legislação vigente e todos os atos violadores de direitos que foram realizados são explanados na história. Em 28 de fevereiro de 1933 foi criado o Decreto para a Proteção do Povo e do Estado, que previa a suspensão das liberdades civis e individuais, a pena de morte, a intervenção em Estados a fim de garantir a ordem e a mudança no sistema da Constituição de Weimar (Constituição do Império Alemão, elaborada após derrota na Primeira Guerra) para fechado. Também refere que foi criada a Lei para a Supressão do Estado de Miséria na Nação e do Reich, o chamado Ato de Habilitação, de 23 de março de 1933 que, entre outras coisas, estabeleceu que o Ministério do Führer poderia legislar, inclusive, contra a Constituição, contrair empréstimos e celebrar tratados (AZEVEDO, 2014).

As consequências do Ato de Habilitação foram o fim da soberania dos lãnder (estados independentes), fim dos sindicatos, dissolução dos partidos, exclusão dos judeus do serviço público, universidades e serviços liberais, imprensa amordaçada, educação nas mãos do partido, juventude hitleriana, controle sobre a arte, profusão da legislação discriminatória, lei de proteção ao sangue e a honra alemães e solução final para a questão dos judeus (FALEIRO, 2016). Ou seja, criou-se uma doutrina jurídica compatível com o nacional-socialismo, deixando-se os juristas de mãos atadas, legitimando o antissemitismo e o próprio holocausto.

Azevedo (2014, p. 153) coloca que a “Lei para a proteção do sangue e da honra alemães”, de 1935, proibia o casamento entre judeus e alemães ou aparentados, cominando aos infratores pena de trabalhos forçados; além de proibir aos judeus que tivessem em suas casas, como criados, cidadãos de sangue alemão ou aparentados, determinando pena de prisão e/ou multa. “Nos anos seguintes, todo um elenco de medidas legais foi progressivamente transformando os judeus em objetos, marginalizando-os do convívio com a ‘raça pura dos senhores de sangue alemão ou aparentado’” (AZEVEDO, 2014, p. 154).

Prossegue o autor dizendo que

A escala de normas legais era evidente: começara-se com a supressão dos direitos políticos, prosseguia-se com o ataque à privacidade, mediante a proibição de casamento e mesmo de relações extramatrimoniais (no mesmo tempo em que cinicamente o “Reich” garantia, em um Estado em que ser

judeu era uma infâmia, que este “se engalanasse” com as cores judaicas!) e, prosseguindo, atingia-se o patrimônio das pessoas de origem judaica que, por morte, se transmitia ao Estado; e, quanto a este aspecto, começava-se também a visar o judeu de nacionalidade estrangeira (AZEVEDO, 2014, p. 154).

Os judeus foram excluídos da vida econômica alemã, limitados por autoridades do Reich a acessar certas regiões e lugares públicos a certas horas do dia, obrigados ao trabalho forçado, forçados a expor em suas roupas, no lado esquerdo do peito, a estrela de Davi, ficando à margem da vida em comunidade. Os judeus foram humilhados, como perderam suas liberdades de ir e vir, suas propriedades, foram transformados em escravos, “coisificados” e reduzidos a objetos, tiveram sua dignidade violada. Contudo, o pior ainda estava por vir com a solução final para a questão judaica.

Nesse caminho, “os judeus foram perseguidos e levados aos campos de concentração e lá submetidos a trabalhos forçados, a experimentos científicos, transformando-se em cobaias humanas e, por fim, foram submetidos a morte em câmaras de gás, executados e incinerados, jogados às traças em covas abertas, às vezes mortos e em outras vezes, nem tanto” (FALEIRO, 2016, p. 8).

Com isso observa-se que os nazistas ofenderam profundamente a dignidade da pessoa humana ao transformar os judeus em “coisas”, sendo auxiliados, em muito, pelo positivismo jurídico, mediante leis extremamente arbitrárias. Por isso é que Radbruch (1962) concluiu que falta caráter jurídico às leis que tratam os homens como sub-homens e lhes negam direitos humano, expondo também que leis extremamente injustas “não são Direito e que há Direito acima das leis” (RADBRUCH, 1962, p. 42). Consegue-se verificar os inúmeros direitos negados e violados, sejam individuais, coletivos, políticos e sociais, desde os bens disponíveis (patrimônio e propriedade, até bens jurídicos indisponíveis), dignidade da pessoa humana, vida, liberdade.

4.1 Holocausto

Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, Piovesan (2009) entende que

A era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos... O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça: a raça pura ariana (PIOVESAN, 2009, p. 2).

Como uma forma de homenagem aos mortos nos campos de concentração nazistas, aos massacres e às grandes catástrofes, passou-se a utilizar o termo Holocausto (entendida aqui como cremação de corpos) para designar especificamente o extermínio de milhões

de pessoas, entre elas judeus e soviéticos, que faziam parte de grupos politicamente indesejados pelo então regime nazista. Há hoje uma estatística de que morreram cerca de 38 milhões de pessoas, entre os quais os seis milhões de judeus em campos de concentração (GUTERMAN, 2020; SANTOS; SÁ, 2017).

Os prisioneiros que entravam nos campos eram obrigados a entregarem seus bens pessoais, pois suas propriedades particulares já estavam com nazistas em obediência às leis que vigoravam. Durante o holocausto, os nazistas faziam um esforço considerável para implantarem meios cada vez mais eficientes para a morte de seus prisioneiros; foi trocado, por exemplo, a técnica de morte por envenenamento pelas câmaras de gás.

Havendo a necessidade de acelerar o número de mortos, passou-se a executar a técnica de envenenamento pelas câmaras de gás (mais utilizado nos campos de concentração). Assim, quando as vítimas chegavam nos campos, eram divididos em dois grupos: primeiro os fisicamente mais magros e fracos já eram levados à câmara de gás imediatamente, enquanto os outros eram primeiro levados às fábricas e empresas de localidades próximas para serem usados como escravos, e posteriormente, levados às câmaras também.

Dentre as atrocidades cometidas, pode-se citar: conspiração contra a paz, atos de agressão, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Além disso, o extermínio de milhões de pessoas e também o planejamento e a disseminação da guerra pela Europa. Vale lembrar ainda que os médicos alemães planejavam e promulgavam programas em favor da eutanásia (abreviar a vida de um enfermo de maneira assistida) (FELLET, 2009).

Por fim, de suma importância destacar, que na época os líderes dos massacres não eram punidos devido as chamadas Leis de Nuremberg, que foram elaboradas e passaram a vigorar nesse período, porque a Constituição da República, a Lei Fundamental da República de Weimar, era flexível e permitiu a inclusão desses dispositivos violadores dos direitos humanos, ou seja, as práticas nazistas estavam “asseguradas” dentro da legislação que vigorava a época.

4.2 Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10 de dezembro de 1948, desempenhou um papel importantíssimo a nível internacional, pois por meio dela pôde-se sedimentar alguns dos principais e elementares direitos de toda pessoa humana, dentre os quais se destacam o direito à liberdade e ao tratamento igualitário.

Foi após os resultados das duas grandes Guerras Mundiais, em especial, a Segunda Guerra, que surge à preocupação com os direitos de “solidariedade”, que têm como destinatários toda a raça humana. Estes direitos têm ligação com os ideais de paz mundial, de preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico e comum das sociedades. Tudo muito coerente, pois as guerras mundiais, como se pode lembrar, foram marcadas por destruições até então inconcebíveis, consolidados no horror destilado pelo nazismo na

Alemanha, que aniquilou milhares de seres humanos e milhões de judeus em campos de concentração.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. Desde sua adoção, em 1948, a Declaração foi traduzida para mais de 360 idiomas, tornando-se o documento mais traduzido do mundo e inspirando as Constituições de muitos Estados e democracias recentes.

No preâmbulo da referida declaração são citadas sete considerações que deixam claros todos os objetivos desta com relação à defesa dos direitos humanos

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum. Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão. Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações. Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla. Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades. Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Resguardado por todo exposto colocado, sabiamente descreve de forma sucinta Franzoi, “Somos as gerações dos Direitos Humanos” (FRANZOI, 2003, p. 382). Considerando esse contexto, segundo Piovesan (2009) a

Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 introduz extraordinária inovação, ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a Declaração passa a elencar tanto direitos civis e políticos (Arts. 3 a 21), como direitos sociais econômicos e culturais (Arts. 22 a 28), afirmando a concepção contemporânea de direitos humanos. De um lado, parifica, em grau de relevância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais: por outro, endossa a interdependência e interrelação destas duas categorias de direitos, inspirada na visão integral dos direitos humanos (PIOVESAN, 2009, p. 2).

Entende que esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge no pós-guerra como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos.

A Declaração de 1948 vem inovar a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano (PIOVESAN, 2009).

O valor da dignidade humana, incorporado pela Declaração Universal de 1948 constitui o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Sintetiza com grandeza Piovesan (2009) que

A universalidade dos direitos humanos, através da Declaração Universal acolhe a ideia da indivisibilidade dos direitos humanos, a partir de uma visão integral de direitos. A garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e interrelacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2009, p. 3).

Assim, a partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção.

4.3 Tribunais de Nuremberg e Penal Internacional: análise contemporânea dos direitos humanos

O Tribunal de Nuremberg, iniciado em 1945, entra para a história como formação inédita de um tribunal militar internacional para julgar o alto escalão nazista por crimes de guerra e contra a humanidade durante a Segunda Guerra Mundial. O tribunal foi sediado no Palácio da Justiça de Nuremberg, na Alemanha, ficando conhecido como tribunal *ad hoc* ou de exceção, isto é, aquele instituído pós facto, no caso, pós-guerra, de caráter temporário, pois só existiria para julgar os membros do comando nazista.

O Tribunal Internacional de Nuremberg surgiu para saciar a ânsia de efetivação da justiça e com o intuito de responsabilizar criminosos de guerra diante das inúmeras infrações aos direitos humanos deflagradas no início do Século XX, sobretudo, com a Segunda Guerra Mundial. O princípio do direito de punir, passou a ser examinado sob diferentes perspectivas, mais precisamente voltado para a proteção internacional dos direitos humanos, haja vista a eclosão de crimes com excesso de perversidade, crimes

contra a paz, contra a humanidade, os quais, na sua forma de execução, ceifaram além da vida das vítimas, a sua dignidade (GONÇALVES, 2001).

Este Tribunal foi um marco para o Direito Internacional Penal, principalmente no que tange à inclusão do indivíduo no cenário internacional, responsabilizando-o diretamente por seus atos contra os direitos humanos.

O século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução (SACHS, 1998).

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da Era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse. É neste cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional (BUERGENTHAL, 1995).

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVII, é muito clara ao afirmar “que não haverá juiz ou tribunal de exceção”. Contudo, o mais importante é conhecer os princípios das quais ela se baseia para afirmar que tal situação não deva acontecer em um Estado Democrático de Direito.

É sabido que a ideia de se criar um tribunal em que os vencedores de uma guerra julguem alguns membros do grupo dos perdedores através de um tribunal de exceção, é absolutamente nova. Por isso, buscar-se entender as contribuições do julgamento de Nuremberg para a sociedade internacional em relação aos direitos humanos, com finalidade de vigiar e punir crimes semelhantes ao cometido pelos nazistas, embasando a criação do atual Tribunal Penal Internacional.

Segundo Silva (2014), o grande problema dos tribunais de exceção está ligado à ausência de legalidade, em detrimento da ausência de positividade legal, a perda de algumas garantias processuais, como a do duplo grau de jurisdição e do juiz natural, além da forte tese de imparcialidade destes. Por isso, os tribunais de exceção, em sua grande maioria, são expressões de países totalitários ou formas de repressão pública de alguns indivíduos que, aos olhos da população, mereçam severa repreensão.

Nesse caminho, o Estado Democrático Brasileiro amparado pela Carta Magna, julgando-se democrático, deve abolir todo e qualquer tipo de tribunal de exceção. Verificando a influência positiva do Tribunal de Nuremberg sobre o direito internacional no tocante à preservação dos direitos humanos e a criação do Tribunal Penal Internacional, entende o “direito internacional é o complexo de regras consuetudinárias e convencionais que rege as relações entre Estados Soberanos, e protege os direitos humanos e o meio ambiente” (GUSMÃO, 1998, p. 149).

Pode-se dizer também que, apesar de todas as transações pela qual o mundo passa, o direito internacional organiza e constitui a comunidade internacional ou sociedade de estados soberanos, tornando-a possível.

Já sobre o direito penal internacional, torna-se importante esclarecer que este é o direito que “versa sobre competência legislativa e jurisdicional em matéria penal” e que só depois de 1945 teve seu lugar garantido no campo do direito internacional (GUSMÃO, 1998, p. 151).

É sabido que o direito penal internacional tem por finalidade estabelecer tratados que regem a repressão de delitos que afetam as relações internacionais ou que atentam contra os direitos humanos e a civilização, isto é, normatiza e pune os crimes internacionais ou os delitos contra a humanidade.

Sobre direito internacional Santos (2012) explana que

O Direito Internacional veio para regular relações entre Estados Soberanos, as normas do direito internacional advêm dos tratados ou dos costumes. Consideram-se sujeitos de direito internacional as entidades capazes de adquirir direitos e contrair obrigações no plano internacional, bem como de reivindicar os seus direitos no plano internacional. Os principais contextos nos quais a questão da personalidade internacional é discutida são a capacidade de reivindicar direitos frente à violação do direito internacional, a capacidade de celebrar Tratados e o gozo de jurisdição estatal (SANTOS, 2012, p. 3).

A autora exemplifica ainda os princípios do direito internacional enquanto ciência autônoma, quais sejam: a igualdade dos estados; princípio da autodeterminação dos povos; princípio da coexistência pacífica; princípio da continuidade do Estado; *Pacta sunt Servana* (princípio da força obrigatória). E com isso garantir a ordem e os direitos já assegurados, nos Tratados, na Carta da Organização das Nações Unidas, e em vários outros documentos internacionais (SANTOS, 2012).

Dentro dessa leitura é ressaltado que o Tribunal de Nuremberg serviu de base para a criação de leis militares e internacionais válidas até hoje, além de inspirar a Convenção de Genebra e contribuir para a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948. E nesse caminho, a autora cita uma frase de Fabrício Felamingo, professor de direito internacional, que diz: “Nuremberg foi a base do atual Tribunal Penal Internacional, órgão capaz de julgar pessoas que cometem crimes contra a humanidade, crimes contra a paz e genocídio. Ele representou o primeiro passo na tentativa de preservação dos direitos humanos.” (SILVA, 2014, p. 7).

Nuremberg teve grande importância na transformação do direito internacional diante os casos de guerra, pois definiu um novo tratamento àqueles que cometem graves violações aos direitos humanitários. É nítido, portanto, após toda a discussão colocada que o Julgamento de Nuremberg nos trouxe consequências e avanços positivos no cenário contemporâneo dos direitos humanos internacional.

Segundo Silva (2014), esse tribunal certamente foi pioneiro na intenção de se julgar um grande crime internacional, ou seja, ele foi, sob este prisma, uma forma de mostrar ao mundo que determinadas atrocidades violadoras de direitos humanos e individuais não seriam mais aceitas, e isso fez com que posteriormente se criassem tribunais como no caso da Iugoslávia e Ruanda, e também, o Tribunal Penal Internacional Permanente, que possui basicamente todos os requisitos legais para tal tarefa.

É salutar ressaltar a crítica colocada por Silva (2014)

Já olhando pelo lado negativo desse ato histórico, sem dúvida, há de se constatar que a forma com a qual ele procedeu, principalmente por definir determinados atos como crimes depois que eles já tinham acontecido, ou seja, não havia tipificação de crimes e, portanto, abstraindo concepções ideológicas e humanitárias, não havia possibilidades jurídicas de condenação por eles, ofendeu determinadas garantias que ferem o princípio do devido processo legal. Logo, do ponto de vista humanitário, o tribunal de Nuremberg se justifica, mas do ponto de vista legal, não (SILVA, 2014, p. 9).

Entende-se, portanto, o quanto o Tribunal de Nuremberg foi uma consequência positiva para a internacionalização dos direitos humanos e para a criação de cortes internacionais com finalidade primeira de preservação dos direitos da pessoa humana.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A notícia da existência de campos de concentração e das atrocidades alemãs se espalhou pelo mundo, causando revolta e incredulidade, tornando ainda mais necessário uma punição dos autores, mesmo que diante de um tribunal de exceção. A comunidade internacional clamava por punição dos responsáveis pelos crimes que chocaram o mundo e negaram os direitos humanos.

Como lição aprendida pelas experiências com a República de Weimar e, sobretudo com o regime totalitário dos nazistas, os direitos humanos fundamentais de cidadãos e cidadãs foram fortalecidos e colocados em primeira posição na Constituição Alemã (os primeiros dezenove artigos - abrangendo todos os setores importantes da vida política, social e privada), bem como pelas Constituições das demais nações do mundo.

Diante da explanação da história do nazismo, dos direitos humanos negados e dos crimes de guerra contra a humanidade, percebe-se que o Julgamento de Nuremberg veio em um parâmetro positivo para a humanidade e para o direito internacional. É neste contexto que o Tribunal de Nuremberg se impõe como um marco de evolução do direito internacional a ser atualizado, aperfeiçoado e ampliando com um caráter permanente e de ainda maior representação mundial.

Restou clara as consequências positivas do Tribunal de Nuremberg ao reconhecer e homenagear os milhões de inocentes que perderam a vida vítimas de uma das mais atroz violações aos direitos humanos em séculos passados. Evidencia-se a sua importância para

o desenvolvimento de conceitos relacionados ao direito internacional atual que sustentam, influem ou reforçam, a necessidade de observância no tocante à proteção dos direitos humanos e à responsabilização internacional individual das pessoas. Bem como a criação do Tribunal Penal Internacional, órgão permanente e vigilante à preservação dos direitos humanos.

Hoje é incontestável a força que os direitos humanos possuem, o quanto eles são inquestionáveis e determinantes. Fruto sim, de violências absurdas e de um passado indesejável, porém maior foi legado para a proteção da dignidade da pessoa humana em toda a sua dimensão.

REFERÊNCIAS

ALOÍSIO, S. **Hitler**: simbologia e ocultismo. São Paulo: Escala, 2008.

ÂNGELO, M. **Direitos humanos**. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

AZEVEDO, P. F. **Limites e Justificação do Poder do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

BRENNAN, J.H. **Reich oculto**: O ocultismo na história de Hitler e do Terceiro Reich. São Paulo: Editora Madras, 2007.

BUERGENTHAL, T. Prólogo. In: TRINDADE, A. A. C. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1995.

FALEIRO, J. R. **Um breve estudo das violações praticadas à dignidade da pessoa humana pelos nacionais-socialistas**: o uso possível da fórmula de Radbruch e o papel dos princípios. In: XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea & IX Mostra de Trabalhos Científicos, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, 2016.

FELLET, A. L. F. A relação entre o nazismo e o positivismo jurídico revisitada. **Revista DPU**, n. 30, p. 107-121, 2009.

FRANZOI, J. G. A. Dos direitos humanos: breve abordagem sobre seu conceito, sua história, e sua proteção segundo a Constituição Brasileira de 1988 e a nível internacional. **Revista Jurídica Cesumar**, v.3, n. 1, p. 373-390, 2003.

GONÇALVES, J. B. **Tribunal de Nuremberg**: A gênese de uma ordem no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

GUSMÃO, P. D. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

GUTERMAN, M. **Holocausto e Memória**. São Paulo: Editora Contexto, 2020.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LEAL, R. G. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Organização das Nações Unidas, 1948.

PIOVESAN, F. Declaração universal de direitos humanos: desafios e perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 7, n. 7, p. 189-210, 2012.

RADBRUCH, G **Arbitrariedad Legal e Derecho Supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

SACHS, I. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. *In*: PINHEIRO, P. S.; GUIMARÃES, S. P. **Direitos Humanos no século XXI**. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1998.

SANTOS, A. F. **O Tribunal de Nuremberg e o Direito Internacional**. eGov da Universidade Federal de Santa Catarina, p. 1-4. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-tribunal-de-nuremberg-e-o-direito-internacional>. Acesso em: 30 ago. 2020.

SANTOS, L. N.; SÁ, J. P. O holocausto no livro didático de história (1964-2011). **Revista Eletrônica da Associação Nacional de História**, v. 8, n. 16, p. 85-107, 2017.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, T. F. O Julgamento de Nuremberg e sua relação com os direitos fundamentais e com o direito internacional: uma análise necessária. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/ Marília**, n. 13, 2014.

CAPÍTULO 2

A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A INCLUSÃO EM DESTINOS TURÍSTICOS

Data de aceite: 01/10/2020

Data de submissão: 29/06/2020

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

Universidade Federal do Maranhão (UFMA),
Departamento de Direito
São Luís – MA
<http://lattes.cnpq.br/8354483021080291>

Luiziane Silva Saraiva

Universidade Federal do Maranhão (UFMA),
Departamento de Comunicação Social
São Luís – MA
<http://lattes.cnpq.br/2778845871689378>

Saulo Ribeiro dos Santos

Universidade Federal do Maranhão (UFMA),
Departamento de Turismo e Hotelaria
São Luís – MA
<http://lattes.cnpq.br/6334574563260950>

RESUMO: O presente trabalho analisa a influência das normas da Convenção das Nações Unidas sobre o direito das pessoas com deficiência e sua contribuição ao turismo acessível em destinos turísticos. A importância econômica e social do turismo é comprovada pelos dados da Organização Mundial do Turismo, o qual tem significativa participação no produto interno bruto mundial, bem como é responsável pela elevação do percentual de geração dos empregos, em nível global. O movimento internacional para tornar o turismo acessível e inclusivo é crescente e tem a missão de tornar seus produtos e serviços disponíveis para

peças com deficiência, parcela significativa da população, segundo dados da Organização Mundial da Saúde. A acessibilidade é a chave para concretização desse direito humano, pois deve facilitar a chegada e o deslocamento de turistas no local visitado, eliminando barreiras de todas as espécies e ampliando a comunicação do visitante com o seu destino. Para alcançar o objetivo desta pesquisa, utilizou-se de dados bibliográficos e documentais com análise qualitativa. Os resultados apontam que tal prática proporciona a necessidade de mudanças urbanas e sociais, sejam estruturais, físicas e culturais nos destinos turísticos inclusivos e seus habitantes. Essas mudanças, bem feitas, proporcionarão a conciliação entre o desenvolvimento social e o econômico.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos, turismo acessível, desenvolvimento social e econômico.

THE UN CONVENTION OF THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES AND ITS CONTRIBUTION TO THE INCLUSION IN TOURISTIC DESTINATIONS

ABSTRACT: The current research analyses how the terms of United Nations Convention of the Rights of Persons with Disabilities contributes to make sure that touristic places are inclusive. The economical and social importance of tourism are recognized by World Tourism Organization (UNWTO) which says that tourism has a relevant participation on the world gross domestic product (GDP) as well is responsible for growing percentage of new places to work in the world. The global movement to make tourism accessible and inclusive is increasing and has the mission

to ensure that its products and services are available to people with disabilities, which is significant part of population, according to World Health Organization (WHO). Accessibility is the key to guarantee and make real this human right, because helps tourists to arrive and move themselves through their destination places, eliminating barriers of all kinds and expanding the communication of the visitor with his/her destiny. To reach the purpose of this research, it was used bibliographic and documentary data with qualitative analyze. The results say that such practice requires urban and social changes be them structural, physical and cultural ones, involving inclusive places and the whole environment, as its habitants. These changes, well done, provides harmony between social and economical development.

KEYWORDS: Human rights, accessible tourism, social and economic development.

1 | INTRODUÇÃO

De acordo com a Organização Mundial do Turismo (OMT), agência especializada das Nações Unidas, o turismo deve ser acessível a todos, pois não existe turismo sem acesso, e este deve ser universal (OMT, 2018a). Portanto, pensar um destino turístico acessível é compreender que o deslocamento é fundamental para a mobilidade do visitante, bem como o acesso às informações referentes ao ambiente existente, o que lhe permitirá maior autonomia.

Destarte, a mobilidade é para todos, tanto para pessoas idosas, crianças, jovens, adultos, grávidas, cadeirantes, pessoas com mobilidade reduzida, com deficiência, entre outros (ALLIS, 2015). Assim, um destino turístico deve estar preparado para eliminar as barreiras físicas e sociais que a cidade possui, criando meios de acesso a todos os atrativos turísticos. Dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) indicam que cerca de 1 bilhão de pessoas vivem com algum tipo de deficiência (ONU, 2018a).

Desta forma, a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência da ONU, em vigência desde 2008, é um marco regulatório que contribui para que pessoas com deficiência tenham direitos garantidos em uma projeção universal. Dentre esses direitos se encontra a acessibilidade, a qual é intrínseca ao turismo, pois, o destino deve facilitar o acesso e deslocamento de turistas no local visitado, eliminando barreiras e ampliando a comunicação do visitante com o destino (OMT, 2018a).

2 | TURISMO, DESENVOLVIMENTO E ACESSIBILIDADE

O turismo é um fator de desenvolvimento social e econômico. Tornou-se um dos principais agentes no comércio internacional e, representa ao mesmo tempo, uma das principais fontes de rendimentos para muitos países em desenvolvimento. Segundo a OMT (2018b), o volume de negócios do turismo é igual ou até mesmo superior ao das exportações de petróleo, produtos alimentícios ou automóveis (ONU, 2018b).

Sua contribuição para a atividade econômica em todo o mundo é estimada em cerca de 5%. Para o emprego, sua contribuição tende a ser ligeiramente superior e é estimada na

ordem de 6-7% do número total de empregos no mundo todo, seja direta e indiretamente (ONU, 2018b).

Nos últimos dez anos o interesse por estudos específicos de mobilidade e acessibilidade em destinos turísticos tem crescido, e compreendendo tal aspecto, se faz necessário assegurar a inclusão para todos, como indicam autores que trabalham com destino turístico acessível.

Assim, a acessibilidade pode ser entendida como a eliminação de obstáculos e barreiras para garantir o acesso universal a todos os cidadãos ao ambiente, transporte, instalações e serviços turísticos. Tudo sobre o princípio de que o turismo é um direito social fundamental para todos, o que se traduz no direito de igualdade de oportunidades, a não discriminação e a integração social de um segmento importante, ou seja, a sociedade: temporária desativada (grávidas, etc.), incapacitados permanentes (motor, sensorial ou intelectual), pessoas idosas, famílias com crianças, etc. (INVATUR.TUR, 2015, p. 45).

A Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência é o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos do século XXI, específico para essas pessoas (LOPES, 2007). Antes, porém, em 2001, a ONU criou um comitê ad hoc, cujo lema era *Nothing about us without us*, para avaliar propostas, discutir e elaborar o seu texto (LOPES, 2007).

Isso demonstra o consenso e o reconhecimento pela sociedade internacional da necessidade de garantir efetivamente o respeito à pessoa com deficiência, pois a Convenção reafirma os princípios universais (dignidade, integralidade, igualdade e não discriminação) em que se baseia e define as obrigações gerais dos Governos relativas à integração das várias dimensões da deficiência nas suas políticas, bem como as obrigações específicas relativas à sensibilização da sociedade para a deficiência, ao combate aos estereótipos e à valorização das pessoas com deficiência (PORTUGAL, 2014).

Nesse contexto, a deficiência é a combinação de limitações pessoais com impedimentos culturais, econômicos, físicos e sociais, deslocando a questão do âmbito do indivíduo com deficiência para a sociedade, que passa a assumir a deficiência e seus desdobramentos como assunto de todos, deslocando-se dos espaços domésticos para a vida pública, da esfera privada ou de cuidados familiares para a questão de justiça (NAUSSABAUM, 2007).

Considerando, então, que as pessoas com deficiência são parte da sociedade e com direitos e deveres garantidos por lei, seria evidente a observância dos aspectos estruturais e logísticos, necessários a esse público, que fundamentam a gestão turística nas cidades. Mas, culturalmente, observa-se um “esquecimento” constante de gestores e da sociedade em geral, das questões referentes aos considerados grupos minoritários, a exemplo das pessoas com deficiências.

Isso reflete e exige uma profunda mudança de comportamento social com o respeito pela diferença e pela aceitação da pessoa com deficiência como parte da diversidade humana, ou seja, essa transformação de comportamento intenta que as

pessoas com deficiência têm de ser tratadas como quaisquer outras, não podem sofrer desvantagens, nem restrições ou privações de direitos por causa disso, nem lhes podem ser impostos encargos que não sejam impostos a quaisquer outras (MIRANDA, 2014).

Mas, basta a existência de uma norma para que, efetivamente, o problema seja sanado? Essa mudança de comportamento passa a vigorar na prática diária, tão logo seja legalmente manifesta? Não. Um aspecto fundamental para a efetividade de qualquer normativa é a cultura.

Ela que “é aquele todo complexo que inclui conhecimentos, crença, arte, moral, direito, costume e outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem como membro da sociedade” (TYLOR, 2011, p. 25).

Por isso, se faz pertinente considerar que dentre as contribuições da Convenção, ora apresentada, está a existência de uma plataforma legal para a construção de uma cultura que viabilize a ampla acessibilidade dessas pessoas, neste caso específico, ao gozo dos benefícios dos destinos turísticos. E como desenvolver essa cultura? Um dos aportes para esse processo é o investimento em comunicação, fazendo valer o direito à informação, também apontado na referida norma. No que diz respeito à definição de Comunicação, a norma é bem diversificada e aponta no artigo 2 que o termo

abrange as línguas, a visualização de textos, o braille, a comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos de multimídia acessível, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizada e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, inclusive a tecnologia da informação e comunicação acessíveis (Artigo 2) (PORTUGUAL, 2014).

Com relação às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), os relacionamentos sociais e organizacionais sofreram mudanças consideráveis com o advento da internet e seus híbridos. Atualmente, os meios de comunicação com os públicos de interesse são variados e, nem sempre os dispositivos digitais fazem parte do cardápio oferecido pelos setores de atendimento ao público, muito menos quando se trata de pessoas com deficiência; quando o fazem, nem sempre é com a qualidade esperada, possibilitando a interação adequada com esses dispositivos. A acessibilidade plena contempla a compreensão viabilizada por uma comunicação eficiente, dirigida às especificidades oriundas das demandas do público em questão.

Compreender tal aspecto é fundamental para desenvolver políticas e estratégias de âmbito turístico, dotando o destino turístico de infraestrutura adequada que atenda às necessidades e, principalmente, satisfaça as necessidades do visitante, sendo um destino inclusivo.

Uma sociedade inclusiva se constrói retirando as barreiras que impedem a participação dessas pessoas de usufruírem de seus direitos em condições de igualdade. Desta forma, a Convenção, ao ter reconhecido o modelo social como o mais novo paradigma

para conceituar as pessoas com deficiência, embasou também a consolidação da acessibilidade positivada como princípio fundamental para que esse segmento concretize seus direitos fundamentais em todos os aspectos de suas vidas.

Nesse sentido, a acessibilidade como direito natural, inato ao ser humano, poderia ser eventualmente concedida se pleiteada por uma pessoa com deficiência, mas não havia dispositivo de texto legal internacional que garantisse o seu provimento universal. Desta maneira, com “o novo tratado de direitos humanos que promoveu o seu reconhecimento global e positivo, assegura-se legitimidade e a implantação da acessibilidade como princípio norteador dos sistemas jurídicos e como um direito fundamental” (LOPES, 2009, p. 140-141).

No preâmbulo da Convenção foi expressamente reconhecida a importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação, e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. E seu artigo 3º, juntamente com o respeito à dignidade, a autonomia individual, aliada a liberdade de fazer suas próprias escolhas, a independência, a não discriminação, a plena e efetiva participação e inclusão, o respeito à diferença, a igualdade de oportunidades, a acessibilidade foi elencada como um dos princípios gerais que nortearão a vida das pessoas com deficiências.

Para que essas pessoas exerçam de forma efetiva o direito à acessibilidade, a Convenção determinou também em seu artigo 9º, que os Estados estarão obrigados a tomar medidas apropriadas para assegurar a sua efetivação, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural.

As Nações Unidas, por meio da OMT já havia publicado em 1980 a Declaração de Manila, cujo texto, pela primeira vez, fez a correlação entre o turismo e a acessibilidade. A sua principal contribuição ocorreu, quando, internacionalmente, se “[...] reconheceu o turismo como um direito fundamental e um meio estratégico para o desenvolvimento humano, recomendando aos Estados-Membros a regulamentação de serviços turísticos indicando os detalhes mais importantes sobre acessibilidade” (INVAT.TUR, 2015, p. 45).

A manutenção de uma cultura de respeito aos valores, direitos e necessidades das pessoas com deficiência vai além da “construção de rampas”. Observa-se que a mobilidade necessária ao turismo inclusivo contempla a capacitação dos recursos humanos para esse trato, infraestrutura e equipamentos adaptados, informação clara e disponível nas mais variadas plataformas, além de maior respeito aos quesitos de hospitalidade ao turista.

Desta forma, a detecção de obstáculos e barreiras existentes em edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, tal qual escolas, residências, instalações médicas e locais de trabalho, bem como, informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e de emergência, deverão ser identificados e, quando necessário, excluídos. Isso é gestão.

A acessibilidade é uma condição de aproximação, com segurança e autonomia, a determinados espaços, objetos e elementos diversos, possibilitando a utilização de todas as atividades inerentes e usos específicos que eles possam oferecer. Por essa compreensão, o Brasil passou a considerar constitucionalmente a acessibilidade um direito humano com enquadramento legal constitucional (FEIJÓ, 2016, p. 166).

Por isto, é essencial que existam políticas públicas (SANTOS, 2016) direcionadas a tal fim, com o objetivo de direcionar esforços conjuntos tornando o destino turístico não somente inclusivo, mas principalmente acessível a todos (KUNZ, 2016).

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

É constatada a contribuição crescente do turismo para o desenvolvimento da economia global. O mercado turístico movimenta cada vez mais um portfólio diversificado de produtos e serviços, oportunizando a inserção de profissionais de áreas distintas, mas convergentes, no processo de desenvolvimento econômico e social. Em todas as etapas do processo de relacionamento entre o turista e os produtos ou serviços oferecidos há que se garantir condições efetivas de usufruto desses benefícios. No que diz respeito ao turismo inclusivo, essas etapas devem ser mais acessíveis e humanizadas. Não se trata de benevolência, mas sim a retificação de um erro histórico ao qual as pessoas com deficiência são submetidas, frequentemente, diante dos mais variados atendimentos.

Desta forma, resta evidenciada a importância da acessibilidade para um turismo mais inclusivo em destinos turísticos. A inclusão das pessoas com deficiência nas atividades turísticas, além de ser um direito, é uma excelente oportunidade para se demonstrar a viabilidade da aplicação de temas de direitos humanos na atividade econômica na era globalizada, destacando o caráter social, sem inviabilizar o econômico.

REFERÊNCIAS

ALLIS, Thiago. Sobre cidades, bicicletas e turismo: evidências na propaganda imobiliária em São Paulo. **Caderno Virtual de Turismo**, v. 15, n. 3, 2015.

FEIJÓ, Alexandro Rahbani Aragão. A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DE ACESSIBILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: o controle de convencionalidade e seus reflexos no direito brasileiro. In: XIV Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2016, GRAMADO. **Direito Internacional em Expansão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. v. VI. p. 156-169.

INVAT.TUR. **Destino turístico inteligente**: manual operativo para la configuracion de detinos turisticos inteligentes. Valencia: Agència Valenciana del Turisme, 2015.

KUNZ, Jaciel Gustavo; TOSTA, Eline. Turismo e mobilidade: um diagnóstico da acessibilidade geográfica à fronteira Chuí-Rio Grande do Sul/RS, Brasil/Chuy, Uruguai. **Turismo e Sociedade**, v. 9, n.3, 2016.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zaahar, 1986.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). **Deficiência no Brasil**: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 41-65.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU e seu protocolo facultativo e a acessibilidade**. Dissertação de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, pp. 140-141.

MIRANDA, Jorge. Comentário à Convenção por Jorge Miranda, 2011. Disponível em: <<http://www.inr.pt/content/1/1665/comentario-convencao-por-jorge-miranda>>. Acesso em: 05 set. 2014.

NAUSSBAUM, Martha. **Las fronteras de la justicia**: consideraciones sobre la exclusión. Barcelona: Paidós Iberica, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em: 14 nov. 2018a.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. AJONU. Disponível em: <<https://ajonu.org/2012/10/17/organizacao-mundial-do-turismo-omt/>>. Acesso em: 14 nov. 2018b.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TURISMO. Disponível em: <<http://ethics.unwto.org/en/content/accessible-tourism>>. Acesso em: 14 nov. 2018a.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TURISMO. Disponível em: <<http://www2.unwto.org/content/why-tourism>>. Acesso em: 14 nov. 2018b.

PORTUGAL. INSTITUTO NACIONAL PARA A REABILITAÇÃO. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <<http://www.inr.pt/content/1/1187/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>>. Acesso em: 05 set. 2014.

SANTOS, Saulo R. dos. Revisitando conceitos sobre políticas públicas e gestão do turismo em cidades. **Revista Turismo Contemporâneo**. v. 4, n. 2, jul./dez., 2016, p. 286-306.

CAPÍTULO 3

O DIREITO (FUNDAMENTAL) À SAÚDE TUTELADO PELA ATUAÇÃO DA ONU - OBJETIVO 3 DA AGENDA 2030

Data de aceite: 01/10/2020

Data de submissão: 21/07/2020

Graziela Moraes

Universidade Infante Dom Henrique –
Portugalense

Porto Alegre/RS

<https://orcid.org/0000-0002-8554-1871>

<http://lattes.cnpq.br/0962704318504977>

RESUMO: O direito (fundamental) à saúde é constitucionalmente tutelado tanto no Brasil quanto em Portugal. No entanto, nem sempre os Estados são capazes de garantir eficazmente tal direito aos seus cidadãos. Em contrapartida, com o surgimento das organizações internacionais viu-se uma preocupação maior com a tutela de tais direitos. Verifica-se, assim, que as organizações internacionais possuem relevante papel na fiscalização e concretização dos direitos sociais. A ONU é talvez a organização internacional de maior reconhecimento e credibilidade mundial, e vem ao longo dos anos preocupando-se com a saúde dos cidadãos, prova disso é a agenda 2030 que reúne 17 objetivos para alcançar a dignidade através do desenvolvimento sustentável mundial, entre os quais destacamos o ODS3 que visa “assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades” cuja atuação dos Estados Membros para a consecução de tal objetivo vem sendo fiscalizada pela ONU.

PALAVRAS-CHAVE: Agenda 2030, Saúde, ODS3, ONU

THE (FUNDAMENTAL) RIGHT TO HEALTH GUARDED BY THE UN'S PERFORMANCE - GOAL 3 OF THE 2030 AGENDA

ABSTRACT: The right to health, which is fundamental, it's a constitutionally protected right, both in Brazil and in Portugal. However, not always the States are able to effectively guarantee this right to their citizens. On the other hand, with the emergence of international organizations, it was noticed a greater concern with the protection of such rights. It is possible to verify, in this way, that the international organizations have an important role in the surveillance and realization of the social rights. The UN, perhaps, it's the international organization of greater recognition and credibility worldwide, and over the years has been worrying about citizen health, proof of this is the 2030 agenda, that brings together 17 goals to achieve dignity through global sustainable development, among which we can stand out the ODS3, which aims to “promote a healthy life and promote well-being for all, at all ages”. The actions of the Member States to achieve this objective are being monitored by the UN.

KEYWORDS: 2030 Agenda, Health, ODS3, UN.

1 | INTRODUÇÃO

A proteção e promoção da saúde é reconhecida como direito social, tanto na Constituição Portuguesa como na Brasileira. No entanto, este ainda é um problema mundial, eis que a saúde é preterida em detrimento de outros interesses Estatais.

A ONU (Organização das Nações Unidas), através dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM) propôs a preocupação com o tema, sem, no entanto, ter obtido o êxito esperado, eis que se viu um crescimento desigual, aumentando assim as diferenças sociais entre os Estados da Nação.

Diante da análise do insucesso dos ODM, verificou a necessidade de criar um programa que atentasse para as necessidades mundiais, respeitando a peculiaridade de cada Estado, com o que surgem os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), dentre os quais prevê a promoção da saúde e bem-estar.

Neste contexto, o presente trabalho visa abordar a importância das organizações internacionais para a tutela do direito (fundamental) à saúde.

2 I DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

As organizações internacionais possuem origem na antiguidade e, de certa forma, confundem-se com a evolução da humanidade, além de terem uma intrínseca relação com o direito de guerra ou, por assim dizer, a necessidade de reestruturação das civilizações após períodos de grandes guerras e/ou conflitos.

Não obstante, não se cogita a existência de organização internacional na antiguidade, em que pese tenha-se conhecimento da chamada sociedade internacional com a celebração de tratados, uma vez que àquela época

as relações de poder estavam concentradas em fortes grupos internos e quase nenhum desenvolvimento de relações externas, não havendo nenhum antecedente de um organismo que pudesse assumir o papel de um “núcleo de poder” diferente da realidade concebida por aqueles povos¹.

Tal fato é perceptível com a existência de registro do tratado de paz que pôs fim à guerra nas terras Sírias no período situado entre 1280 e 1272 a.C.².

Já no século XVII a soberania dos Estados, a igualdade e independência estabelecidas reciprocamente no plano internacional traduzem a nova característica da ordem europeia na Idade Moderna

sem, no entanto, o surgimento de qualquer organização internacional, eis que ainda vigia a preponderância do interesse particular em detrimento do todo, idéia esta que começou a ser alterada no século XIX com o início do chamado “processo de abertura” no campo das relações internacionais³

diante da percepção de necessidade da ação integrada para obtenção de melhores resultados.

1. GUERRA, Sidney. **Organizações Internacionais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. ISBN 978-85-375-1105-3, p.5-6.

2. Idem, p.1.

3. Idem, pág. 7.

No entanto, os estudos apontam que as organizações internacionais, de fato, tiveram sua origem no Congresso de Viena⁴.

Não obstante, com o advento da I Guerra Mundial, diante do impacto destruidor que causou, começa a surgir uma preocupação de cunho humanitário, com o que se constituem as primeiras organizações internacionais de grande expressão, como é o caso da Sociedade Geral das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, ambas instituídas através do Tratado de Paz de Versalhes, que também criou a Liga das Nações, considerada como expoente da evolução das organizações internacionais e predecessora da ONU⁵.

Porém, a difusão das organizações internacionais deu-se após 1945, com o surgimento da Organização das Nações Unidas, objeto do presente estudo, tendo como princípios embaixadores os da Sociedade Geral das Nações⁶, que tinha como escopo principal a preservação da paz⁷.

Passamos, agora, a uma breve análise acerca da importância das organizações internacionais para a tutela dos direitos fundamentais

3 | A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Atualmente as organizações internacionais abrangem, quase completamente, matérias em que são imprescindíveis cooperação internacional, o que demonstra sua importância no quadro de direito internacional⁸.

Analisando a atuação das mais variadas organizações, verifica-se que estas contribuem de forma decisiva para a modificação da própria estrutura do ordenamento jurídico internacional⁹, na medida que chamam atenção para problemas mundiais pontuais e apontam soluções necessárias para desenvolvimento social e econômico das nações.

A atividade das organizações internacionais – particularmente da ONU – tem contribuído para a formação de normas do direito internacional de modos distintos” Isso porque, em que pese suas resoluções não configure a incidência do artigo 38 do Estatuto das Corte Internacional de Justiça, certo é que “constituem hoje uma nova e distinta “fonte” do Direito Internacional Contemporâneo¹⁰.

4. LISZT, Franz Von. **Depreco Internacional publico**. Barcelona: Grafica Moderna, 1929, pág.28 citado por ibidem.

5. NAÇÕES UNIDAS BRASIL. História. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/historia/> [acesso em 07.09.2017]

6. Também conhecida como Liga das Nações.

7. CAMPOS, João Mota de. **Organizações internacionais: teoria geral - Estudo monográfico das principais organizações internacionais de que Portugal é membro**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. ISBN: 972-31-0842-9, p.23-32.

8. Idem, p.33.

9. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. 6ª. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. ISBN 978-85-384-0367-8, p.534.

10. K. Skubiszewski, “A New source of the Law of National: Resolutions of International Organizations, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, Genève*”, I.U.H.E.I., 1968, p. 518-520. Sobre a atividade juridicamente relevante do Secretariado da ONU, por exemplo, cf. O. Schachter, “The Development of International Law Thought the Legal Opinions of the United Nations Secretariat, 25 British Year Book of International Law (1948) citado

As organizações internacionais devidamente instituídas e reconhecidas possuem privilégios¹¹, com o intuito de “garantir liberdade e segurança da missão desenvolvida¹²”, o que “foi concebido na Carta da Organização das Nações Unidas que estabelece que a organização goza, no território de cada um de seus membros, dos privilégios e imunidades necessários à realização de seus propósitos¹³”.

Nesse trabalho nos propomos a estudar a influência da ONU na tutela do direito à saúde, razão pela qual não será extensivo o estudo das demais organizações que também desempenham relevante papel para tal fim.

Importante apontar “a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), que entrou em vigor em Setembro de 1953”, a qual “constitui um modelo de referência na *proteccao (sic)* dos direitos fundamentais¹⁴.”

Em que pese sua importância, a CEDH, de fato, não surtiu o resultado esperado, com o que continuou sendo discutida a necessidade de tutela efetiva dos direitos fundamentais através de um documento que fosse oponível à toda União Europeia.

Foi em 1989 que restou aprovado pelo Parlamento Europeu resolução que adotava a “declaração dos direitos do homem e liberdades fundamentais¹⁵”, com o intuito de elaborar um documento que pudesse servir de direcionamento na matéria de direitos fundamentais, capaz de integrar o texto dos tratados que seriam elaborados no futuro. Tamanha a relevância da discussão sobre o tema, que em 1994 o projeto de Constituição Europeia teve inserido texto baseado em dita declaração¹⁶.

No entanto, somente em 1995 percebe-se o reconhecimento do parlamento Europeu na necessidade de aprovação de uma declaração de direitos fundamentais da União Europeia com a Conclusão do Conselho Europeu de Madrid sem que, contudo, tenha-se concluído uma declaração¹⁷.

Foi em 1998, com a celebração do 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), que rediscutiu-se a matéria, fundada nos relatórios encomendados pela Comissão Europeia alusivos à comemoração do cinquentenário¹⁸. E foi baseado nestes estudos que o Conselho Europeu da Colônia, em 1999 anunciou a elaboração de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, cujos procedimentos

por TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. 6ª. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. ISBN 978-85-384-0367-8, p.91-132.

11. Temos como exemplo de privilégios a isenção fiscal, além da a) imunidade de jurisdição; b) garantia de livre comunicação, c) inviolabilidade dos locais afetos à Organização Internacional; d) inviolabilidade de arquivo; e) garantia de que os bens da Organização Internacional não sejam confiscados ou expropriados, conforme ensina GUERRA, Sidney. **Organizações Internacionais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. ISBN 978-85-375-1105-3, p.33.

12. Idem, p.32.

13. Idem, p.33.

14. SOARES. António Goucha. **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra: Coimbra editora, 2002. ISBN 972-32-1094-00, p.23.

15. Idem, p.31.

16. Idem, p.23 e p.32.

17. Idem, p.33.

18. Idem, p.35.

necessários à elaboração restaram estipulados pelo Conselho Europeu de Tampere, no mesmo ano, e cujo projeto final foi apresentado em 26 de setembro de 2000 e assinada no Conselho Europeu de Nice, em 7 de dezembro daquele ano¹⁹.

O breve relato acima permite concluir que as organizações internacionais possuem papel importante na concretização de direitos fundamentais, senão pela busca da paz, pela normatização que produzem visando o desenvolvimento mundial e a realização da dignidade da pessoa humana seja na esfera educacional, de saneamento básico, de saúde, dentre outros de suma importância que não serão citados por não ser o objeto do presente estudo.

4 | ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Deixar-se-á de analisar à exaustão a ONU, diante da sua complexidade e extensão, razão pela qual serão apontadas breves informações consideradas importantes para o presente estudo.

Com o final da II Guerra Mundial surge a necessidade da criação de uma organização internacional que visasse a restauração da paz e reestruturação dos Estados atingidos²⁰.

Em que pese a idéia de sua constituição tenha surgido durante a II Guerra Mundial, o tratado instituidor da ONU foi elaborado no período de 25 de abril a 26 de junho de 1945²¹.

A ONU surge, assim, em 26 de junho de 1945, muito embora tenha, de fato, iniciado sua atuação em momento posterior²².

O Brasil é membro da ONU desde o início de seu funcionamento, que ocorreu em 24 de outubro de 1945, enquanto que Portugal passou a ser membro somente em 14 de dezembro de 1955.

Em sua origem, a ONU era vista como “uma Organização de coexistência pacífica de Estados pertencendo a sistemas socioeconômico distintos²³”. Não obstante, o passar dos anos demonstrou relevante papel na preservação da paz e no desenvolvimento mundial.

A Carta da ONU²⁴ não possui dispositivo que a intitule como organização internacional, medida deliberada que, à época, visou desvencilhar a organização de uma ideia de “super-Estado”²⁵, não obstante, a prática denota que, de fato, é “dotada de

19. Idem, p.37-38.

20. Ibidem.

21. Idem, p.67.

22. A carta que instituiu a ONU foi elaborada pelos representantes de 50 países que estavam presentes na conferência sobre Organização Internacional, em São Francisco, mas somente em 24 de outubro de 1945, após a ratificação da carta pela China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética é que começou a existir oficialmente, razão pela qual o Dia das Nações Unidas é comemorado nesta data.

23. G.I. Tunkin, “The Legal Nature of the United Nations”, 119 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International (1960), p.13 e 28, citado por TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. 6ª. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. ISBN 978-85-384-0367-8, p.10.

24. Documento de fundação da organização.

25. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. 6a. de rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. ISBN 978-85-384-0367-8, p.8.

personalidade jurídica internacional que a possibilita atuar no plano internacional como entidade distinta e independente dos Estados-membros individuais²⁶”.

5 I DIREITO (FUNDAMENTAL) À SAÚDE

Não há como precisar desde quando a palavra saúde existe no vocabulário da espécie humana, estima-se que esta é inerente ao surgimento do próprio ser, mesmo que com um significado diverso do que hoje se conhece.

Nos primórdios da sociedade a saúde se efetivava através de curandeiros e feiticeiros, o que se pode perceber ao estudar os tempos bíblicos, a antiguidade greco-romana, a idade média e, porque não dizer, na atualidade, uma vez que nos deparamos com doenças “misteriosas”, para as quais se desconhece um tratamento capaz de curar em definitivo o doente, como a AIDS²⁷.

Os gregos, através de Hipócrates, foram os primeiros “a afastar a religião do campo das doenças²⁸”, com conceitos que perduram até a atualidade. Os romanos e gregos impulsionaram o estudo sobre o tema, até a chegada da Idade Média, que retrocedeu todos os estudos feitos até então, uma vez que a Igreja, novamente, passa a considerar a doença como uma punição por pecados cometidos. No entanto, “por volta de 1240, os mosteiros começaram a ressuscitar a medicina grega”, sendo que em 1543 publicou “o primeiro livro ilustrado sobre anatomia”, o que impulsionou o “nascimento da moderna saúde pública²⁹”.

Os séculos XVI e XVIII passaram a tratar, novamente, “a saúde sob um prisma científico, e, ainda, a perceber a saúde como a ausência de doença³⁰”.

Atualmente, “o direito à saúde se insere nos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Trata-se, pois, de um direito público subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas³¹”.

Inegável que o direito à saúde perfectibiliza a dignidade da pessoa humana, razão pela qual muitas vezes é confundido pela doutrina e torna inquestionável sua importância no cenário mundial.

Não obstante, está assegurado na categoria dos direitos sociais, tanto na Constituição Brasileira como na Portuguesa, razão pela qual, ainda hoje, discute-se seu status de direitos fundamentais.

Ao analisar os textos constitucionais de Brasil e Portugal, verifica-se que ambas asseguram o acesso à saúde de forma universal e gratuita (preponderantemente no caso

26. Idem, p.51.

27. SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 28.

28. Idem, p.30.

29. Idem, p.32.

30. Ibidem.

31. BOFF, Caroline Moreira. Comentário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito fundamental à saúde e a responsabilidade civil do hospital privado nos casos de emergência. In **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v.8, n.28, p. 263-277, jul./set. 2014, p.264.

de Portugal). No entanto, na prática, ambos os países são deficientes na tutela absoluta de tal direito.

Ou seja, a constituição do país garante à população direitos que o Estado não tem condições de arcar e, sequer, empenha-se em fazê-lo, de modo que:

“os direitos fundamentais tomam cada vez mais o caráter de promessas e explicação de programas, ao mesmo tempo em que mais e mais se volatiliza o seu conteúdo jurídico. As seções dos direitos fundamentais de inúmeras constituições formigam de promessas, cujo cumprimento os Estados jamais pensaram. São absolutamente supérfluas, sem valor, e nada têm que fazer na constituição³²”.

Dessa forma,

As políticas de habitação, saúde, segurança social, educação, cultura, etc., dadas as suas complexidade e contingência, não podem estar determinadas nos textos constitucionais e a sua realização implica opções autônomas e específicas de órgãos que disponham simultaneamente de capacidade técnica e de legitimidade democrática para se responsabilizarem por essas opções³³.

Isso porque,

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e estão relacionados entre si. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global e de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade, dando a todos o mesmo peso. Deve-se ter em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, assim como aquelas dos diversos patrimónios históricos, culturais e religiosos, porém os Estados têm o dever, sejam quais forem seus sistemas políticos, económicos e culturais, de promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais³⁴.

Já no cenário Europeu, “com a passagem jurídica vinculativa da Carta dos Direitos Fundamentais” há uma evolução na tutela de tais direitos, cujo valor jurídico foi em 2007 equiparado ao dos tratados pelo Tratado de Lisboa³⁵”.

Sabe-se, entretanto, que para que os direitos fundamentais tenham sua eficácia garantida, muito mais do que a normatização é importante a análise da situação económica-política do país, uma vez que é indispensável a atuação dos serviços fornecidos pelo Poder Público para a efetivação de direitos indispensáveis, tal como a saúde.

Por fim, não se pode olvidar que

32. Cfe. Hermann Von Mangoldt (Das Bonner Grundgesetz, 1957, p. 79) citado por ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4669-3, p. 541.

33. ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4669-3, p. 202.

34. Declaração e Programa de Acção da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena (1993), citado em *Ibidem*.

35. ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4669-3, p.28-29.

a saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e económicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam³⁶.

Tem-se, portanto, o direito à saúde como fundamental, tanto em Portugal como no Brasil, ainda que tutelado como direito social, eis que tal direito “não é só vital, um dos mais vitais, porquanto dele depende, em muitos casos, o próprio direito à vida³⁷”.

5.1 Brasil

Embora tenha na Constituição da República Federativa do Brasil (CFB) dispositivos esparsos que preveem regras de competência inerentes à saúde pública, é no artigo 196 que se encontra disciplinada tal tutela:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e económicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tal tutela é deveras importante uma vez que “aparece[m] como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil³⁸.”

Isso porque,

a Constituição Brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais (CF 6), especificando seu conteúdo e forma de prestação (CF196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros, como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata (CF5 paragrafo 1º). Ve-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela CF como autênticos direitos fundamentais³⁹.

Ainda, a CFB traz a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 1º daquele diploma legal, a qual ainda traz como objetivo a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais⁴⁰.

Nos tribunais brasileiros observa-se que o direito à saúde continua a ser tratado como um direito fundamental, que o é, garantidor da dignidade da pessoa humana e

36. SILVA, Jose Afonso de. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, p.697 citado por MORAES, ALEXANDRE DE. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9ª ed. atualizada até a ECn. 71/12. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7481-3, p.1953.

37. CUNHA, Paulo Ferreira da. *DIREITOS FUNDAMENTAIS – Fundamentos & Direitos Sociais*. Lisboa: Quid Juris, 2014. ISBN 978-972-724-682-3, p.207.

38. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9ª ed. atualizada até a ECn. 71/12. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7481-3, p.1953.

39. NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 3ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. ISBN 978-85-203-4492-7, p. 824-825.

40. Art. 3º.

indispensável para a garantia da vida dos cidadãos⁴¹.

Com os dispositivos legais acima elencados é possível identificar a proteção constitucional do direito à saúde no Brasil, garantindo a todos seus cidadãos o acesso de forma universal e com aplicação imediata, em que pese na prática não se vislumbre ampla proteção.

5.2 Portugal

Em Portugal o direito à saúde está disposto no artigo 64 da Constituição da República de Portugal (CRP). Tal dispositivo encontra-se disciplinado no capítulo dos direitos e deveres sociais, dissociados dos deveres fundamentais, assim como no Brasil, no entanto

a Constituição da Republica Portuguesa de 1976 não outorgou - de acordo com a orientação ainda prevalente na doutrina e jurisprudência constitucional lusitana – aos direitos económicos, sociais e culturais o mesmo regime jurídico tracado para a tutela dos direitos, liberdades e garantias (assim como os direitos análogos) são diretamente aplicáveis e vinculam os ogaos estatais e mesmo as entidades privadas (art. 18), estando, portanto, sujeitos a um regime reforçado em relação aos direitos sociais⁴².

Portanto, no direito lusitano o direito objeto do presente estudo não possui aplicação imediata, como no Brasil, isso porque,

o direito a saúde, tal como direito social, em que pese seja um direito fundamental, possui “densidade normativa reduzida” razão pela qual a CRP 76 não lhe atribui qualidade “de direito imediatamente aplicável, mas sem excluir essa possibilidade, que deve considerar-se até imposta em certos aspectos⁴³.

Em que pese a discussão doutrinaria acerca do status de direito fundamental aos direitos sociais, sob a “ótica do Estado social de Direito [...] não pode negar-se a ambas as categorias (direitos de liberdades e sociais) a qualificação como direitos fundamentais⁴⁴.”

No Tribunal lusitano encontra-se jurisprudência que confirma o status de direito fundamental à saúde⁴⁵.

Da mesma forma, o Comitê das Regiões Europeu

reconhece que o conceito de saúde é um elemento imprescindível ao bem-estar de uma sociedade e que esse conceito não se limita apenas à sobrevivência física ou à ausência de doença, mas engloba também os

41. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1472 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 15-09-2017 PUBLIC 18-09-2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28FUNDAMENTAL+E+AS%DA-DE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ydgg87lom>. [acesso em 01.10.2017].

42. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4644-0, p.559.

43. Idem, p.382.

44. MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6870-1, p.117.

45. SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. Acórdão nº STA_0548/07 de 17-04-2008. Lisboa, 17 de abril de 2008. – Pais Borges (relator) – Rui Botelho – Azevedo Moreira. Disponível em: http://bdjur.almedina.net/juris.php?field=dno-de_id&value=1313840 [acesso em 28.10.2017].

aspectos psicológicos, as condições naturais, ambientais, climáticas e de habitação, bem como a vida laboral, económica, social e cultural, segundo a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS)⁴⁶”

Por derradeiro, cumpre referir o artigo 16 da CRP que disciplina a aplicação do direito internacional e da DUDH na interpretação dos direitos fundamentais constitucionais, com o que se denota, de forma indiscutível ser a saúde um direito fundamental no direito Português.

6 I AGENDA 2030 DA ONU

Os ODS entraram em vigor no dia 1.º de janeiro de 2016, com prazo de 15 anos para o alcance de seus fins, com a esperança de serem um marco na história da evolução das nações⁴⁷.

Com o termo do prazo dos ODM⁴⁸ e a conclusão de que tais objetivos não foram suficientemente eficazes, surgiu a necessidade de repensar a atuação para obtenção de um desenvolvimento sustentável a nível mundial, diminuindo as desigualdades, avaliando o período percorrido até 2015 e, então, traçar novos objetivos para o desenvolvimento sustentável da nação como um todo.

Foi na conferência Rio+20 que restou reconhecido que “o desenvolvimento dos objetivos também poderia ser útil para buscar uma ação mais focada e coerente para o desenvolvimento sustentável” e “a importância e a utilidade de um conjunto de objetivos para o desenvolvimento sustentável⁴⁹”.

No entanto, foi somente em 2013, em 25 de setembro, no documento final do evento sobre ODM que restou clara a necessidade de uma agenda futura que deveria tratar sobre “a erradicação da pobreza e o desenvolvimento sustentável⁵⁰.”

A “Agenda 2030: para o Desenvolvimento Sustentável surgiu, portanto, do projeto aprovado na Conferência sobre Financiamento do Desenvolvimento, que ocorreu em Adis Abeba, em julho de 2015⁵¹”.

46. COMITE DAS REGIÕES EUROPEUS. Parecer – A saúdes nas cidades: um bem comum. 11 de maio de 2017, *In Jornal Oficial da União Europeia*. 2017/C 306/08, publicado em 15.09.2017.

47. ONU. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 13 de outubro de 2015, disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf> [acesso em 15.10.2017].

48. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio se resume em oito objetivos que advieram da reunião dos líderes mundiais na sede das Nações Unidas no ano de 2000, quando se reuniram para adotar a Declaração do Milênio da ONU, ocasião em que se comprometeram a uma nova parceria global para reduzir a pobreza extrema, com um prazo para o seu alcance em 2015. <https://nacoesunidas.org/tema/odm/> [acesso em 31.10.2017].

49. MACHADO FILHO, Haroldo. Dos objetivos do milênio aos objetivos do desenvolvimento sustentável: lições aprendidas e desafios. *Série Relações BrasilEuropa*, Rio de Janeiro, v.5, p. 87107, mar. 2016. *In Série relações BrasilEuropa / 2011 Periódicos Acervo 283825SÉRIE RELAÇÕES BRASILEUROPA*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2011, p.89.

50. *Idem*, p.91-92

51. DUDERMEL, Thierry; OLIVEIRA, Afonso. A UE e a agenda após 2015: uma parceria mundial para a erradicação da pobreza e para o desenvolvimento sustentável. *In Série Relações Brasil-Europa*, Rio de Janeiro, v.5, p. 19-35, mar. 2016, p. 35.

Em que pese os ODS tenham sido fruto dos ODM, existem diferenças significativas entre eles, principalmente em razão da discriminação dos meios de implementação dos ODS, mas também por sua característica de incluir uma variedade de objetivos econômicos, sociais e ambientais⁵².

Ademais, os ODM's, em sua origem, visavam atingir aqueles que viviam em condição de pobreza extrema, enquanto os ODS's estão destinados à população mundial como um todo, eis que convocam as nações desenvolvidas e em desenvolvimento a “tomarem as medidas urgentes em seus próprios territórios⁵³.”

Há severas críticas à atual atuação da ONU, que poria em risco a implementação com sucesso da Agenda 2030, não obstante é inegável a necessidade de voltar-se atenção para as desigualdades sociais e o descaso à saúde que vem ocorrendo nos países menos desenvolvidos, em meio a guerras civis, terrorismos e inclusive nos países mais desenvolvidos, diante da atual crise financeira que assola os Estados.

7 | OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO. 3

Em que pese os esforços de organizações como a Organização Mundial de Saúde (OMS) em garantir o a saúde dos cidadãos, “pode-se ainda afirmar que há generalizada exclusão social em saúde no globo⁵⁴”, razão pela qual a importância de um programa que vise reduzir as desigualdades sociais.

O documento final da agenda pós 2015 (ou 2030) demonstra a preocupação com a erradicação da fome e da pobreza e, assim, garantir a promoção da saúde mundial, conforme verifica-se na leitura de seu preâmbulo⁵⁵.

O mundo globalizado em que vivemos prioriza o capitalismo, deixando de lado o desenvolvimento sustentável. Não são raras notícias de populações em extrema pobreza, donde denota-se uma negação à dignidade da pessoa humana, em seu sentido mais peculiar.

As guerras civis, o desequilíbrio econômico e social das civilizações modernas, os constantes desastres naturais e o terrorismo cada vez mais crescente chamam atenção

52. ONU. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 13 de outubro de 2015, disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf> [acesso em 15.10.2017].

53. Neven Mimica, comissário europeu da cooperação e desenvolvimento internacional. Parlamento Europeu, Bruxelas, 1 de junho de 2015., disponível em www.theparliamentmagazine.eu/articles/opinion/post-illennium-development-goals-test-world-solidarity citado por DUDERMEL, Thierry; OLIVEIRA, Afonso. A UE e a agenda após 2015: uma parceria mundial para a erradicação da pobreza e para o desenvolvimento sustentável. In **Série Relações Brasil-Europa**, Rio de Janeiro, v.5, p. 19-35, mar. 2016, p.20.

54. SCHRECKER, T. et al. Advancing health equity in the global marketplace: how humanrights can help. *Social Science & Medicine*, Oxford, v. 71, p. 1.520-1.526, 2010, citado por GUTIER, Murillo Sapia; CORREIA JUNIOR, Rubens; VENTURA, Carla Aparecida. O direito fundamental à saúde e a judicialização no Brasil. A saúde como direito humano e sua tutela processual. In **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v.23, n.89, p. 47-64, jan./mar. 2015.

55. ONU. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 13 de outubro de 2015, disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf> [acesso em 15.10.2017]

para uma necessidade de voltar atenção para a dignidade da pessoa humana e promoção da saúde, sob pena de sociedades desaparecerem⁵⁶.

Aqui, cumpre ressaltar que os ODM foram ineficazes na medida em que nem todos Estados-Membros cumpriram suas metas, verificando que o progresso foi desigual e insatisfatório, motivo pelo qual restaram elaborados novos objetivos, com o intuito de abarcar países menos desenvolvidos e focar nos maiores e principais problemas mundiais. Não é demais dizer que os ODSs são uma releitura dos ODMs, numa tentativa de efetivar o que aqueles objetivos não foram capazes de atingir com êxito, diante da constante evolução (nem sempre satisfatória) do mundo globalizado.

Dentre os 17 objetivos globais da Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, temos o de no. 3, que visa promover a saúde e o bem-estar.

Da leitura de tal objetivo resta nítida a preocupação com a necessária tutela à saúde, que vem sendo tolhida não só nos países subdesenvolvidos, mas também nos países capitalistas diante do excessivo uso de substâncias tóxicas ou mesmo da ineficácia da saúde pública em razão da crise Estatal.

A necessidade eminente de atenção na área é tema há muito abordado pela doutrina, eis que “é preciso que existam órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem, de exigências abstratas dirigidas à vontade humana, em ações concretas⁵⁷.”

É consabido que os desafios são diferentes para cada país, pois depende de seu desenvolvimento social e vulnerabilidade em razão da economia, do saneamento básico e do acesso à saúde e é por isso que a ONU vem buscando meios de satisfazer os objetivos respeitando a necessidade de cada nação.

Os objetivos trabalham com a ideia de empoderamento dos países vulneráveis o que, certamente, tem de ser realizado com cautela, sob pena de jamais conseguir equalizar a balança de promoção da saúde e bem-estar.

Em que pese ainda de forma gradual, é possível identificar a mobilização do Brasil para o cumprimento de tal objetivo, através de oficinas para prevenção da AIDS, campanhas de vacinação que tem surtido efeito na redução da mortalidade infantil⁵⁸. No entanto, ainda existem desafios a serem vencidos, como a questão do saneamento básico que ainda é uma problemática nos estados mais pobres do país⁵⁹.

Já em Portugal é possível verificar uma preocupação maior com o cumprimento da meta, o que se verifica no documento de posição de Portugal sobre a agenda 2030⁶⁰ no qual

56. Cfe. documento final da agenda 2030, disponível em <https://nacoesunidas.org/carta/> [aceSSo em 01.10.2017].

57. BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.123 citado em SOUZA, Motauri Ciochetti de. Justiciabilidade dos direitos sociais, discricionariedade administrativa e a ação civil pública enquanto garantia fundamental. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015, p. 651-672.

58. NAÇÕES UNIDAS BRASIL. ODS3. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/tema/ods3/> [acesso em 23.10.2017]

59. Idem.

60. INSTITUTO CAMÕES. **Documento de Posição de Portugal sobre a Agenda pós 2015**. Disponível em http://www.instituto-camoes.pt/images/agendaPos2015/posicao_pos2015_fin.pdf [acesso em 21.10.2010].

determina como prioridade, dentre outros, “o alcance de uma vida saudável para todos” e “a erradicação da fome, a melhoria da nutrição e a promoção da agricultura sustentável” e no Relatório nacional sobre a implementação da agenda 2030⁶¹, o qual apresenta programas implementados para a consecução dos objetivos.

8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme inicialmente proposto, o presente estudo analisou a origem e importância das organizações internacionais na história, sua tutela aos direitos fundamentais, fazendo um paralelo entre a ONU e a tutela do direito à saúde através do Objetivo no. 3 da Agenda 2030.

A partir daí é possível afirmar que, em que pese a ausência de disposição constitucional que eleve os direitos sociais ao patamar de fundamentais, certo é que o direito à saúde é tutelado como tal, sendo dever dos Estados (Brasil e Portugal) sua promoção.

Percebe-se que as organizações internacionais chamaram atenção para a importância do respeito à dignidade da pessoa humana o que, indubitavelmente, ocorre também através da promoção e assistência da saúde.

Com a globalização mundial o que se vê é o crescimento das desigualdades, o empobrecimento das nações e, principalmente, o desrespeito à dignidade da pessoa humana. As guerras civis, o terrorismo, a escassez de recursos naturais e financeiros, os desastres da natureza fazem com que a população clame por uma medida urgente.

É nesse cenário que surge a Agenda 2030, com 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, criada pela ONU, com medidas que visam, dentre outros, garantir a saúde e o bem-estar à nação mundial.

A análise dos objetivos não deixa dúvidas quando ao desafio proposto pela agenda 2030, no entanto, “é preciso ambição se a comunidade mundial quiser cumprir o nobre objetivo a que se propôs: o fim da pobreza extrema e um futuro sustentável para todos⁶²”.

Inegável, pois, que será necessário o apoio e engajamento dos países, cada um dentro de sua realidade, no entanto caberá à ONU uma efetiva fiscalização, sob pena de termos apenas a “letra fria” de uma proposta.

Conclui-se, por derradeiro, que as organizações internacionais possuem relevante papel na consecução do direito fundamental à saúde, sendo o objetivo 3 da agenda 2030 da ONU importante medida que, se executado de forma responsável, plena e com esforço

61. MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS. **Relatório nacional sobre a implementação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, por ocasião da Apresentação Nacional Voluntária no Fórum Político de Alto Nível das Nações Unidas**. Portugal. 2017, disponível em https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/15771Portugal2017_PT_REV_FINAL_28_06_2017.pdf.

62. MACHADO FILHO, Haroldo. Dos objetivos do milênio aos objetivos do desenvolvimento sustentável: lições aprendidas e desafios. *Série Relações BrasilEuropa*, Rio de Janeiro, v.5, p. 87107, mar. 2016. In *Série relações BrasilEuropa / 2011 Periódicos Acervo 283825SÉRIE RELAÇÕES BRASILEUROPA*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2011, p.91-92.

conjunto das Nações Estatais, terá efetiva influência na realização de tal direito em sua forma mais ampla e eficaz.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4669-3

BOFF, Caroline Moreira. Comentário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito fundamental à saúde e a responsabilidade civil do hospital privado nos casos de emergência. In **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v.8, n.28, p. 263-277, jul./set. 2014

CAMPOS, João Mota de. **Organizações internacionais: teoria geral - Estudo monográfico das principais organizações internacionais de que Portugal é membro**. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. ISBN: 972-31-0842-9

COMITE DAS REGIÕES EUROPEUS. Parecer – A saúdes nas cidades: um bem comum. 11 de maio de 2017, In **Jornal Oficial da União Europeia**. 2017/C 306/08, publicado em 15.09.2017

DUDERMEL, Thierry; OLIVEIRA, Afonso. A UE e a agenda após 2015: uma parceria mundial para a erradicação da pobreza e para o desenvolvimento sustentável. In **Série Relações Brasil-Europa**, Rio de Janeiro , v.5, p. 19-35, mar. 2016.

GUERRA, Sidney. **Organizações Internacionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. ISBN 978-85-375-1105-3.

GUTIER, Murillo Sapia; CORREIA JUNIOR, Rubens; VENTURA, Carla Aparecida. O direito fundamental à saúde e a judicialização no Brasil. A saúde como direito humano e sua tutela processual. In **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte , v.23, n.89, p. 47-64, jan./mar. 2015.

INSTITUTO CAMÕES. **Documento de Posição de Portugal sobre a Agenda pós 2015**. Disponível em http://www.instituto-camoes.pt/images/agendaPos2015/posicao_pos2015_fin.pdf [acesso em 21.10.2010].

MACHADO FILHO, Haroldo. Dos objetivos do milênio aos objetivos do desenvolvimento sustentável: lições aprendidas e desafios. **Série Relações BrasilEuropa**, Rio de Janeiro , v.5, p. 87107, mar. 2016. In **Série relações BrasilEuropa / 2011 Periódicos Acervo 283825SÉRIE RELAÇÕES BRASIL-EUROPA**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2011.

MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS. **Relatório nacional sobre a implementação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, por ocasião da Apresentação Nacional Voluntária no Fórum Político de Alto Nível das Nações Unidas**. Portugal. 2017, disponível em https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/15771Portugal2017_PT_REV_FINAL_28_06_2017.pdf.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6870-1.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9ª ed. atualizada até a ECn. 71/12. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7481-3

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **História**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/historia/> [acesso em 07.09.2017]

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **ODS3**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/tema/ods3/> [acesso em 23.10.2017].

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 3ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. ISBN 978-85-203-4492-7

ONU. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 13 de outubro de 2015, disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf> [acesso em 15.10.2017]

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4644-0

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001

SOARES. António Goucha. **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra: Coimbra editora, 2002. ISBN 972-32-1094-0

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Justiciabilidade dos direitos sociais, discricionariedade administrativa e a ação civil pública enquanto garantia fundamental. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. Acórdão nº STA_0548/07 de 17-04-2008. Lisboa, 17 de abril de 2008. – Pais Borges (relator) – Rui Botelho – Azevedo Moreira. Disponível em: http://bdjur.almadina.net/juris.php?field=dnod_id&value=1313840 [acesso em 28.10.2017]

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 1472 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 15-09-2017 PUBLIC 18-09-2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28FUNDAMENTAL+E+AS%DADE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ydg87lom>. [acesso em 01.10.2017]

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. 6ª. ed rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. ISBN 978-85-384-0367-8

CAPÍTULO 4

O ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Data de aceite: 01/10/2020

Data de submissão: 06/06/2020

Gerardo Bernales Rojas

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, U.
de Talca;
Talca, Chile.

RESUMO: O acesso à justiça foi reconhecido e desenvolvido pela doutrina como direito fundamental, apesar de não existir um reconhecimento expresso como tal. A Convenção Americana de Direitos Humanos¹ tem sido a principal fonte normativa, e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos² que a reconheceu como um direito fundamental, o qual que se encontra nos artigos 8 e 25, com relação ao artigo 1.1 da Convenção, ao mesmo tempo que foi atribuindo conteúdos, desenvolvendo-se não somente na área penal, bem como aplicável em todas as áreas, considerando-se dessa forma, como o Direito dos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça, direitos fundamentais, Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ACCESS TO JUSTICE IN THE INTER-AMERICAN PROTECTION SYSTEM FROM THE HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: Access to justice has been recognized and developed by the doctrine as a fundamental right, although there is no express recognition as such. The American Convention on Human Rights has been the main normative source, and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights is the one that has recognized it as a fundamental right, placing it in Articles 8 and 25, in relation to Article 1.1 of the Convention, and at the same time it has been providing content, developing beyond the criminal area, but applicable to all areas, considered as the right of rights.

KEYWORDS: Access to justice, fundamental rights, Inter-American Court of Human Rights.

1 | INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito recorrente na temática dos direitos fundamentais, especialmente a respeito de grupos em situação de vulnerabilidade. Como refere Cançado: “... *acceso a la justicia no es, pues, sólo acceso a la prestación jurisdiccional, sino asimismo acceso al derecho*”³, uma imposição tanto no plano

*Tradutora: Lucivânia Dias Mendes.

Elaborado no artigo em espanhol, publicado na Revista *Ius et Praxis* (“El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. *Ius et Praxis* [online]. 2019, vol.25, n.3 [citado 2020-06-24], pp.277-306. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122019000300277&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300277>).

1. A seguir CADH.

2. A seguir Corte IDH.

3. CANÇADO (2012), pp. 11-12.

nacional como internacional⁴. É o principal direito, o mais importante dos direitos humanos⁵, o direito fundamental de justiça célere e eficaz⁶, “*la interdicción de la indefensión*”⁷. No entanto, e apesar de sua relevância, o referido direito não foi expressamente reconhecido dentro do rol de direitos fundamentais, tampouco nas cartas constitucionais, pactos ou convenções internacionais⁸, o qual ocasiona a dificuldade de não ter uma concretização expressa de seu conceito e conteúdo.

Por isso, e apesar de não ter um reconhecimento formal, o acesso à justiça é um direito fundamental, independente do devido processo⁹, e cujo conteúdo vem determinado pelos critérios e padrões emanados da jurisprudência da Corte IDH, que por sua vez, foi produtiva na matéria, permitindo assim uma melhor proteção dos direitos fundamentais, com uma interpretação conforme os princípios “*favor persona*” e “*progressividad*”.

No nosso continente, a fonte normativa é a CADH e a doutrina que dela provém, a que é complementada e interpretada pela jurisprudência da Corte IDH. A referida jurisprudência, mediante os princípios e padrões que estabelecem suas decisões, fornece um conteúdo concreto, permitindo uma aplicação mais eficaz da CADH, a qual foi desenvolvido, primeiramente a partir dos votos minoritários de sua jurisprudência e que, ao longo do tempo, se transformaram em doutrina maioritária, reconhecendo o acesso à justiça como direito fundamental e atribuindo conteúdo, estabelecendo os princípios e padrões de interpretação geral da Corte IDH para a aplicação da CADH.

O acesso à justiça nasce do devido processo, e em seguida se desenvolve naqueles aspectos que estão na periferia das garantias processuais, que apesar de, constituírem um elemento essencial de acesso à justiça, não são as únicas.

Quando o acesso à justiça segue seu próprio caminho, foi entendido como o acesso aos tribunais de justiça, à jurisdição. Por conseguinte, evolui para um processo com as devidas garantias processuais, e começa a ficar evidente também a necessidade de materializar ou executar o que determina no âmbito jurisdicional, isso suscita a ideia de que o devido processo, juntamente com a necessidade de formas de acesso a ele, também é necessário a possibilidade de impor a solução. Com isso, se destaca três etapas: o acesso, o processo com todas as garantias e o cumprimento fiel e oportuno da sentença.

4. CANÇADO (2013), p. 231. No mesmo sentido, Helen Ahrens aponta que o acesso à justiça é “...*un principio general de derecho internacional, que se convierte en un derecho dentro del Sistema Interamericano como expresión de una tutela multinivel de los derechos fundamentales...*” AHRENS et al (2015), p. 11.

5. CAPPELLETTI y GARTH (1983), p. 22.

6. ROJAS (2011), p. 186.

7. VALLESPIN (2002), p. 69.

8. Com exceção da Carta do Equador, que o reconhece formalmente no art. 75: “*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses...*”.

9. “*Conjunto de derechos que tienen por finalidad asegurar que las pretensiones de las partes sean adecuadamente consideradas por el órgano llamado a tomar una decisión sobre las mismas*”. Conceito dado pelos professores, Luis Iván Díaz e Patricia Urzúa, seguindo os critérios da Corte Interamericana de Direitos Humanos. DIAZ e Urzúa (2018), pp. 183-184.

Finalmente, o acesso à justiça se desenvolve consideravelmente, por meio das ideias de demanda por uma justiça eficiente e tempestiva, especialmente a respeito dos chamados grupos em situação de vulnerabilidade, o qual pressupõe promover as condições necessárias para a obtenção de uma justiça material e efetiva, suprimindo as barreiras de acesso, como: A assistência jurídica aos pobres; próprios sistemas judiciais; da representação de interesses difusos; dos problemas relacionados ao meio ambiente¹⁰; as custas litigiosas; a demora excessiva dos processos; as dificuldades que apresentam as chamadas “pequenas causas”¹¹; a existência de obstáculos, que dificulta a legitimação ativa num processo; ele não reconhecer o direito de petição como direito fundamental pra tutela de direitos e interesses; e os problemas de participação dos afetados ou interessados (afetados indireto – família ou sociedade), no sistema, seja por falta de conhecimento dos direitos e mecanismos para tutelá-los, ou devido a problemas econômicos¹², em síntese, o acesso à justiça é “...*el derecho a la propia realización de la justicia...*”¹³

O presente artigo analisará os antecedentes gerais do acesso à justiça, que nos permitirá definir de que direito estamos tratando (e ao mesmo tempo nos permitirá identificá-lo em relação ao devido processo). Posteriormente analisaremos como se configura seu conteúdo pela jurisprudência da Corte IDH, identificando o período anterior a 2006. Em seguida, analisaremos a evolução dos critérios e padrões determinados pela referida jurisprudência em dois períodos, de 2006 – 2010 e 2011 – 2017.

Assim, a pergunta que pretendemos responder com este presente trabalho é, se a jurisprudência da Corte IDH, reconheceu formalmente e lhe proporcionou conteúdo, ao direito de acesso à justiça, como direito fundamental das pessoas.

2 | O ACESSO À JUSTIÇA: CONTEXTO GERAL

Cappelletti e Garth expressam que, não é fácil definir o que é acesso à justiça e fazem referência a um princípio fundamental de todo sistema jurídico, “...*que el pueblo puede ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos por mérito del Estado...*” O que pressupõe duas coisas: primeiro que, o sistema legal seja acessível a todos de forma igualitária e segundo que, o sistema legal tenha por objetivo que, seu funcionamento seja individual e social ou comunitariamente justo¹⁴, ou seja, como destaca Marabotto, fazendo distinção entre a norma e a realidade seja o menor possível, implica alcançar um melhor acesso à justiça¹⁵.

A verdadeira evolução, passou pela preocupação, não somente de liberdade, mas também de igualdade, onde o sistema judicial constitui o último obstáculo “...*fronteras donde*

10. CAPPELLETTI e GARTH (1983), pp. 38-178.

11. BRENNAN (2006), pp. 165-167.

12. GOZAINI (2006), pp. 168-185.

13. CANÇADO (2012), pp. 298-299.

14. CAPPELLETTI e GARTH (1983), p. 18.

15. MARABOTTO (2003), p. 293.

los ciudadanos perciben si sus derechos son efectivamente respetados y garantizados, de ahí la imperiosa necesidad de facilitar y favorecer no sólo a la Justicia, sino un acceso efectivo a la misma...”¹⁶.

Nesse último sentido¹⁷, a Corte IDH ressaltou que os “...Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole...”¹⁸, é obrigatório, para o Estado membro da CADH, estabelecer mecanismos, que assegurem o acesso à justiça, e também que este acesso não se limite somente para o jurisdicional, admitindo outros mecanismos, inclusive fora dos órgãos judiciais.

Aguilar resalta que o acesso à justiça é um conceito amplo, no qual, pode ser abordado a partir de duas perspectivas: “Desde un punto de vista más formal, stricto sensu, el acceso a la justicia suele ser reducido a exigencias adjetivas o procesales (...) enlistando una série de requisitos procesales o que rodean la actividad procesal, y que deberían ser cumplidos para que el justiciable tenga acceso a la justicia (...). Por otra parte, desde una perspectiva más amplia, lato sensu, y de real relevancia en el mundo del siglo XXI, es que los individuos, comunidades y pueblos reclaman sus derechos, en sentido material, para que se haga real justicia. (...) El acceso a la justicia lato sensu destaca el reconocimiento de los derechos de los individuos, comunidades y pueblos para poder, de esta manera, reivindicarlos ante un juez. El acceso a la justicia no es, pues, solo acceso a la prestación jurisdiccional sino asimismo acceso al derecho”¹⁹.

Cançado, indica que, o direito de acesso à justiça “no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la presentación jurisdiccional, y encuéntrase subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido propio, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, en suma, como el derecho a la propia realización de la justicia”²⁰.

Garcia, entende o acesso à justiça, como um requisito necessário para proteção efetiva dos direitos, uma exigência para que os demais direitos sejam praticáveis, um requisito de vitalidade de faculdades, liberdades e prerrogativas²¹.

Gómez, situa o acesso à justiça fora da lógica jurídica, como uma noção ideológica contingente, cujo conceito, passa por alterações²², conforme a matéria, lugar e momento histórico. É um conceito ideológico e sociológico, onde a ideia principal é que, o acesso

16. GREIF (2014), pp. 56- 57.

17. MAURINO (2016), p. 913.

18. Sentencia Corte IDH, “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, 24 noviembre de 2006. Serie C N° 158, C 126.

19. CANÇADO (2012), pp. 11-12.

20. CANÇADO (2012), pp. 297-298.

21. GARCÍA (2012), p. 237.

22. A mesma opinião tem o professor, Jorge Marabotto, o conceito de acesso à justiça variou “...conforme a las ideas imperantes en cada determinada época del desarrollo de la humanidad.”. MARABOTTO (2003), p. 292.

à justiça abrange “...la preocupación de que los justiciables puedan llegar a ser oídos y atendidos eficazmente por los órganos de impartición de justicia, sin dilaciones, sin trabas burocráticas, sin candados ni obstáculos económicos, y sin prejuicios raciales ni discriminaciones políticas, sexuales, religiosas o de otro género...”²³.

Nogueira, agrega que, “el derecho a la jurisdicción constituye un instrumento de defensa que el Estado pone en manos de las personas en reemplazo de la autotutela, esta última inaceptable dentro del Estado Constitucional y del Estado de Derecho, lo que obliga a configurarlo de manera que se establezca en su favor el mayor grado de garantías posibles”²⁴. “...Constituye, en última instancia, uno de los pilares básicos no sólo de la Convención Americana, como del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática (en el sentido de la Convención). Su correcta aplicación tiene el sentido de perfeccionar la administración de justicia a nivel nacional, con los cambios legislativos necesarios a la consecución de este propósito”²⁵, ou seja, a eficácia é o elemento principal.

Para Ramos, o acesso à justiça significa que, “la justicia debe ser abierta por igual a todos, sin barreras discriminatorias de ningún tipo, ya sean económicas, culturales, ideológicas, religiosas, étnicas, de ubicación geográfica, o incluso lingüísticas”²⁶.

Bordali, salientou que, o “...derecho de acceso a la justicia comporta la exigencia de abrir la puerta de los tribunales a todo tipo de derecho o interés que pueda requerir de tutela estatal (...). No cabe reconocer un derecho o interés y, luego, negarle el acceso al poder judicial a quien lo afirma”²⁷. Acrescenta que, o direito de acesso à justiça, inclui o direito “...de solicitar la apertura y sustanciación de un proceso y a participar, en condiciones de igualdad, en los trámites del mismo...”²⁸.

Vallespin, conceitua o direito a uma proteção judicial efetiva como “ el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para la obtención de una sentencia motivada y fundada en Derecho, a ser posible sobre el fondo, que con todos los efectos de la cosa juzgada ponga fin al litigio, y en su caso, para su ejecución”²⁹.

Díaz, enfatiza que, o acesso à justiça é um tema onde, “...se presenta dentro de una problemática más amplia, que atiende a la efectividad de los derechos...”³⁰, em outros termos, o acesso à justiça atende à necessidade que os direitos reconhecidos e garantidos pelos Estados, tenham eficácia material, real e concreta. Assim, é o “...el derecho de los ciudadanos de utilizar los mecanismos y estructuras judiciales instituidas por el Estado para la defensa y el ejercicio de sus derechos”³¹.

23. GOMEZ (2006), p. 353.

24. NOGUEIRA (2012), pp. 30-31

25. CANÇADO (2012), pp. 257-258.

26. AHRENS et al (2015), p. 57.

27. BORDALI (2016), p. 187.

28. BORDALI (2011), p. 328.

29. VALLESPIN (2002), p. 69.

30. DIAZ (2006), p. 157.

31. DIAZ (2006), pp. 160- 161.

Deste modo, o acesso à justiça ou qualquer denominação atribuída, tem uma origem difusa que impede, como em geral acontece com todas as instituições, estabelecer um único contexto e uma única conceptualização como ponto de partida.

31 CONFIGURAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ACESSO À JUSTIÇA PELA CORTE IDH

A análise jurisprudencial do acesso à justiça nos permitirá dar-lhe um conteúdo sistemático, visto que, doutrinariamente não se encontra³², e para fazê-lo, neste parágrafo veremos a evolução que existe do acesso à justiça, a qual perpassa desde a doutrina da junção dos artigos 8 e 25 da CADH, até a doutrina da complementaridade e integração de ambas as normas, isso permite estabelecer o desenvolvimento do acesso à justiça como um direito, o qual, a partir de 2006, apresenta uma evolução mais sistemática e o reconhece como direito fundamental autônomo, dispondo de conteúdo próprio e em direta evolução.

A fonte normativa da qual a Corte IDH recorre³³ é a CADH, sendo o artigo 8 da referida convenção, a norma pertinente ao acesso à justiça, ao menos é assim que se posiciona Ibáñez: o acesso à justiça se entende pela própria Corte “...como una ‘norma imperativa de Derecho Internacional’, (que) no se agota ante el hecho de que se tramiten los respectivos procesos internos, sino que exige que el Estado garantice que estos aseguren, en un tiempo razonable, la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo...”³⁴, obtendo como base da respectiva afirmação, as sentenças da Corte IDH do “caso Bulacio”³⁵,³⁶ e a sentença do “caso Palamara”³⁷. Acrescenta Ibáñez que os Estados “...no deben imponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos...”, concomitantemente, o Estado tem o dever de consagrar normativamente e assegurar a devida aplicação às garantias do devido processo às pessoas, perante atos que violem seus direitos fundamentais³⁸, citando como fundamento jurisprudencial os casos: “Cantos”³⁹; “Baena Ricardo e outros”⁴⁰, e “Mohamed”⁴¹. Conclui-se que, as garantias processuais referentes ao artigo 8 da CADH, caminha em consonância com o amplo direito de acesso à justiça, regulamentando a forma,

32. Com a exceção de magistrados como Cançado, Garcia ou autores como Larsen, Espejo e Leiva, que fazem um esforço de sistematização em textos bibliográficos. CANÇADO (2012), pp. 79-574; GARCIA (2012), pp. 25-359; LARSEN (2016), pp. 423-434; ESPEJO e LEIVA (2012), pp. 317-398, y 607-624.

33. A evolução da proteção dos direitos fundamentais, foi acompanhada pela jurisprudência da Corte IDH. Hoje se reconhece um sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, faz parte desse sistema o direito constitucional dos Estados, o que oferece novas possibilidades, que vão além dos clássicos problemas derivados dos crimes contra a humanidade, e evolui para o reconhecimento de um maior conteúdo aos direitos ou diretamente, reconhecendo novos direitos. CONTESSÉ (2010), pp. 198, 199. Assim, há um enorme avanço na proteção dos direitos trabalhistas desenvolvidos a partir da jurisprudência do Corte IDH, particularmente a partir da Sentença do Baena, Ricardo y otros vs. Panamá. CANESSA (2014), p. 21.

34. IBAÑEZ (2014), p. 213.

35. Sentencia Corte IDH, “Bulacio con Argentina”, 18 de septiembre de 2003, C 114.

36. LARSEN (2016), p. 426.

37. Sentencia Corte IDH, “Palamara contra Chile”, 22 de noviembre de 2006, C 188.

38. IBAÑEZ (2014), p. 213.

39. Sentencia Corte IDH, “Cantos vs. Argentina”, 28 de noviembre de 2002, C 50.

40. Sentencia (competencia) Corte IDH, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, 28 de noviembre de 2003, C 79.

41. Sentencia Corte IDH, “Mohamed vs. Argentina”, 23 de noviembre de 2012, C 83.

que a referida justiça deve ser ministrada, e deixando para o artigo 25 da citada convenção, o relativo a direito ao recurso⁴², e cita como fundamento da aludida conclusão, um voto parcialmente dissidente da juíza Cecilia Medina⁴³.

No nosso entendimento, embora concordamos, que no artigo 8 da CADH, encontramos o reconhecimento do direito de acesso à justiça, discordamos da ideia de que, a mesma, esteja contida somente nesse artigo, visto que o referido artigo perde sentido, se não houver recurso efetivo aos tribunais, direito consagrado no artigo 25 da CADH, devendo existir uma integração e complementaridade entre ambos, para falar do direito de acesso à justiça na sua ampla dimensão. Quem apresenta melhor esta posição, é o magistrado Cançado⁴⁴, o qual salienta que, entre o direito de recurso previsto no artigo 25 e as garantias do devido processo legal, existe uma relação indissolúvel, que se estende ao direito à fiel execução da sentença, o que constitui um complemento para o Estado de direito de uma sociedade democrática, e que se manifesta, em diversas causas ou processos⁴⁵, tendo uma concretização no parecer Consultivo n.º 16⁴⁶. Assim recorre ao parágrafo 50⁴⁷ da sentença “Cantos”, também citado por Ibáñez, para indicar que o artigo 8 da citada CADH, contemplava ou reconhecia o direito de acesso à justiça, deixando o artigo 25 da mesma convenção para o direito ao recurso, acrescentando Cançado, que junto a esse parágrafo, está o parágrafo 52⁴⁸ do referido sentença, para indicar que também o artigo 25 da convenção citada, consagra o direito de acesso à justiça⁴⁹.

Larsen⁵⁰ acrescenta o outro parágrafo 55⁵¹, que permite falar da complementaridade das normas dos artigos 8 e 25 da CADH. E, por nossa parte, estimamos que a ideia fica

42. IBAÑEZ (2014), p. 213.

43. Sentencia Corte IDH, “Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, 8 de julio 2004, voto parcialmente dissidente da juíza Cecilia Medina, C 2.

44. CANÇADO (2012), pp. 280-284.

45. CANÇADO (2012), p. 284.

46. Opinión Consultiva OC 16/99, 1 de octubre de 1999, sobre el “Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, párrafo 119.

47. “50. Según el artículo 8.1 de la Convención

[t]oda persona tiene derecho a ser oída, (...).

Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”.

48. “52. El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia (...). [L]a garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. (...) [Y] que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana”.

49. Sentença da Corte IDH, “Cantos vs. Argentina”, 28 de noviembre de 2002, C 52.

50. LARSEN (2016), p. 434.

51. “55. Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales...”.

completa com a integração dos parágrafos 57, 60 e 62 da aludida sentença⁵².

3.1 A conexão dos artigos 8 e 25 da CADH como fontes originais do direito de acesso à justiça

Não obstante, que nós temos proposto nossa adesão expressada, em sentido de que, a partir de 2002, o Corte IDH vem na linha de considerar os dois artigos, o 8 e o 25 da CADH, como a fonte do direito de acesso à justiça e, não apenas o artigo 8, existe antecedentes anteriores, manifestados na jurisprudência desse Tribunal, que indicavam que este critério de interpretação da Corte IDH vinha sendo formulado.

No caso “Niños de la calle”, ou o caso “Villagrán Morales e outro”, expressava-se com clareza de que a percepção do caso, ou seja, da análise de uma denúncia da violação da normativa da CADH, deve ser integral, o que obriga à análise conjunta do artigo 8 e 25 da citada convenção, de modo que, o padrão exigido por ela, não se olha individualmente para cada norma; é um padrão global, é o padrão da CADH, e não de artigo determinado⁵³.

No caso de “Durand Ugarte”, afirmava-se que, a falta de garantias mínimas, conduz necessariamente à falta de eficácia do recurso, associando o artigo 8 com o 25 da CADH⁵⁴.

No caso “Bámaca Velásquez”, assinalava que, esta visão integradora das normas do devido processo legal e o direito ao recurso, não é reconhecida somente pela CADH e a Corte IDH, mas também pela Corte Europeia de Direitos Humanos⁵⁵.

Esta indivisibilidade das normas, é equitativamente evidenciada no “caso Las Palmeras”, onde afirma-se, que podemos encontrar no artigo 8 da CADH a norma que reconhece o direito de acesso à justiça, bem como no artigo 25 da mesma, a qual os parágrafos 54 e 65 expressam que: “54. *En conclusión, la aplicación de la jurisdicción militar en este caso no garantizó el debido proceso en los términos del artículo 8.1 de la Convención Americana, que regula el derecho de acceso a la justicia de los familiares de las víctimas del caso*”. Em conclusão, o parágrafo 65 refere-se que: “65. *En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la muerte de estas últimas sea*

52. “57. *La otra cuestión debatida en estas actuaciones (...) es la de si el procedimiento se ha ajustado a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en cuanto garantizan el derecho a una respuesta de la autoridad judicial dentro de un plazo razonable (...)*”.

(...) 60. En el caso subjudice, la Corte observa que la aplicación de la tasa judicial y los honorarios de acuerdo a los parámetros permitidos por la ley condujeron a que se cobraran sumas exorbitantes, con el efecto de obstaculizar el acceso del señor Cantos a la justicia (...). Ante esta situación, las autoridades judiciales han debido tomar todas las medidas pertinentes para impedir que se produjese esa situación, y para lograr que se hicieran efectivos el acceso a la justicia y el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial.

(...) 62. (...). Así las cosas, este Tribunal no encuentra fundamento para considerar que el Estado ha incumplido el artículo 2 de la Convención porque su orden jurídico, considerado en su integridad, no lleva necesariamente a impedir el acceso a la justicia. En todo caso sería aconsejable que el Estado suprimiera de su ordenamiento jurídico las disposiciones que pudiesen dar lugar, de una u otra manera, a la imposición de tasas de justicia y al cálculo de honorarios que, por ser desmedidas y excesivos, impedirían el cabal acceso a la justicia...”.

53. Sentencia Corte IDH, “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, 19 de noviembre 1999, C 224, 225, 226 y 234.

54. Sentencia Corte IDH, “Durand y Ugarte vs. Perú”, 16 de agosto 2000, C 120, 121, 129 e 130.

55. Sentencia Corte IDH, “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, 25 de noviembre de 2000, C 187, 189 y 191.

*efectivamente investigada por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido*⁵⁶.

A conexão entre ambos direitos da CADH é o que permite dar efetividade ao acesso à justiça.

3.2 Jurisprudência da Corte IDH avança para a doutrina de complementaridade e integração dos artigos 8 e 25 da CADH, em relação ao direito de acesso à justiça

Como já foi salientado, a complementaridade⁵⁷ e a integração dos artigos 8 e 25 da CADH são indissociáveis, como assinala o magistrado Cançado, o qual se estendeu progressivamente no tempo, qualificando como um avanço jurisprudencial intangível⁵⁸, constituindo um todo orgânico, que conforma “...*el Rule of Law en una sociedad democrática*”⁵⁹.

Um primeiro caso, é o de “*Sánchez versus Honduras*”, que exige que os Estados assegurem o livre e pleno exercício dos direitos humanos, com pleno acesso e capacidade aos familiares para atuar nas investigações, o que constitui um reconhecimento do direito de acesso, a nível da investigação criminal, invocando a normas de forma integrada, tanto a do artigo 8 como a do artigo 25⁶⁰.

Por outro lado, embora não haja um reconhecimento expresso a este direito de acesso à justiça de forma integral e complementar dos artigos 8 e 25 da CADH, como expressam Espejo e Leiva, “...*(e)l derecho de acceso a la justicia requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales en tiempo razonable, por lo que, en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas, una demora puede llegar a constituir, por si misma, una violación de las garantías judiciales. Además, por tratarse de una desaparición forzada, el derecho de acceso a la justicia incluye que se procure determinar la suerte o paradero de la víctima...*”⁶¹, para os autores, há acesso à justiça quando se exige, além do devido processo (artigo 8 da CADH), uma tutela judicial efetiva, quando existe direito ao recurso (artigo 25 da convenção), conclusão da qual fica clara, quando esses autores citam o parágrafo 114 do caso “*Bulacio*” que implica evitar adiamentos indevidos que conduzam à impunidade⁶².

Outro caso, é o de “*Myrna Chang*”, onde a ocultação de fatos, a impunidade, a obstrução da justiça mediante ameaça de quem poderia contribuir para o processo,

56. Servem de antecedentes para entender esta relação, os C 58, 60 y 61.

57. Como lembram os professores Arias e Galindo, o princípio da complementaridade só funciona perante a ineficácia dos sistemas nacionais. ARIAS y GALINDO (2015), p. 28.

58. CANÇADO (2012), p. 289.

59. CANÇADO (2012), p. 291.

60. Sentencia Corte IDH, “*Juan H. Sánchez versus Honduras*”, 7 de junio de 2003, C 137 y 186.

61. ESPEJO e LEIVA (2012), pp. 395, 396.

62. Sentencia Corte IDH, “*Bulacio con Argentina*”, 18 de septiembre de 2003, C 114- 115.

configuram, em última análise, uma recusa de acesso à justiça⁶³. A mesma consideração ficou expressamente tipificada na sentença dos casos “19 Comerciantes”⁶⁴; “Comunidad Moiwana”⁶⁵ e “Massacre Mapiripán”⁶⁶.

Assim, podemos observar que, em 2005, a consagração do direito de acesso à justiça se exprime integralmente nesta complementaridade e integração, que deve necessariamente dar-se aos artigos 8 e 25 da CADH, como assinalou e fundamentou o magistrado Cançado, acrescentando nas referências já indicadas. A alusão que ele mesmo já fez, em relação ao “Caso Hilaire, Constantine e Benjamín e outros”⁶⁷, que motiva com base na Opinião Consultiva OC-16/99⁶⁸, quando expressa que não há um devido processo legal “si un justiciable no puede hacer valer sus derechos ´en forma efectiva`, es decir, si no tiene um verdadero derecho de acceso a la justicia”⁶⁹.

Para Cançado, o abrangente âmbito do direito de acesso à justiça, “...no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y encuéntrase adyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 8 y 25), además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, latu sensu, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, en suma, como el derecho a la propia realización de la justicia (...). Podemos aquí visualizar un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico a niveles tanto nacional como internacional- que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana”⁷⁰.

4 | O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A SUA EVOLUÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH A CONTAR DO ANO DE 2006

O título anterior nos permitiu conhecer o estado em que se encontrava o reconhecimento do direito de acesso à justiça até 2005. Nesse sentido, sintetizou a jurisprudência, em que se aprecia o reconhecimento deste direito, compreendido no âmbito dos direitos às garantias processuais e do direito de recurso, consagrados nos artigos 8 e 25 da CADH, ou seja, o seu reconhecimento como um direito fundamental implícito em ambos os artigos. Isso é relevante, pois o desenvolvimento jurisprudencial, que até o presente momento o situava por meio de uma simples conexão entre ambos os artigos,

63. Sentencia Corte IDH, “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, 25 de noviembre 2003, C 216 y 217.

64. Sentencia Corte IDH, “19 Comerciantes vs. Colombia”, 5 de julio de 2004, C 173, 188.

65. Sentencia Corte IDH, “Comunidad Moiwana vs. Suriname”, 15 de junio 2005, C 163-164.

66. Sentencia Corte IDH, “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, 15 septiembre de 2005, C 211.

67. Sentencia Corte IDH, caso “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, 21 de junio de 2002.

68. Opinión Consultiva OC 16/99, de 1 de octubre de 1999.

69. CANÇADO (2012), p. 285.

70. CANÇADO (2012), pp. 297-298.

abrange muito mais do que é formalmente o devido processo e, portanto, o devido processo seria entendido como parte do direito de acesso à justiça, e não o contrário.

O grande déficit que apresenta este reconhecimento é que é implícito⁷¹, apesar das diversas manifestações expressas. Por conseguinte, isto não obsta que embora reconheçamos a falta do reconhecimento como direito autónomo a nível normativo, o que si existi a nível jurisprudencial, no âmbito das referidas normas jurídicas⁷².

Realizado este reconhecimento, torna-se necessário estabelecer seu conteúdo, para o qual se dividirá cronologicamente a jurisprudência da Corte IDH em dois períodos; de 2006 a 2010; e de 2011 a 2017.

4.1 Padrões emanados da jurisprudência da Corte IDH no período 2006-2010⁷³

Com a jurisprudência analisada, podem ser estabelecidos critérios gerais e critérios particulares para analisar o acesso à justiça na Corte IDH, jurisprudência que efetivamente faz reconhecimento formal e expresso do direito de acesso à justiça.

O acima exposto, não é uma mera apreciação subjetiva nossa. A evolução da jurisprudência tem sido desde, reconhecer a existência de direito até dar-lhe um conteúdo próprio cada vez mais amplo. Direito que, além disso, se analisa de forma independente do devido processo e que se caracteriza por ter uma configuração muito mais ampla, já que vai compreendido, por exemplo, tais expressões como: “...*los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto...*”⁷⁴. De outro modo, quando indica que a investigação de uma violação dos direitos humanos “... *debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, y debe tener un sentido y ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una*

71. BERNALES (2019), pp. 245-257.

72. BARBERO (2016), p. 215; CANÇADO (2012), pp. 280-299; ESPEJO y LEIVA (2012), pp. 395, 396; GARCIA (2012), pp. 45-49; LARSEN (2016), pp. 256, 434; NOGUEIRA (2008), pp. 271-280.

73. Sentencias Corte IDH 2006- 2010: Caso La Masacre de Pueblo Bello contra Colombia; Caso de la sentencia López Alvarez contra Honduras; Caso de la sentencia Acevedo Jaramillo y otros con Perú; Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay; Caso de Baldeón García contra Perú; Caso de la sentencia Masacres de Ituango contra Colombia; Caso de la sentencia Ximenes Lopes contra Brasil; Caso Servellón García y otros con Honduras; Caso Goiburú y otros contra Paraguay; Caso Vargas Areco contra Paraguay; Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile; Caso Trabajadores del Cesados del Congreso (Aguedo Alfaro y otros) con Perú; Caso del Penal Miguel Castro Castro con Perú; Caso La Cantuta contra Perú. Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia; Caso Zambrano Vélez y otros contra Ecuador; Caso Escué Zapata contra Colombia; Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz contra Perú; Caso Albán Cornejo y otros contra Ecuador; Caso Salvador Chiriboga contra Ecuador; Caso Yvon Neptune contra Haití; Caso Castañeda Gutman contra México; Caso Heliodoro Portugal contra Panamá; Caso Bayarri contra Argentina; Caso Valle Jaramillo y Otros contra Colombia; Caso Ticona Estrada y Otros contra Bolivia; Caso Kawas Fernández contra Honduras; Caso Escher y Otros contra Brasil; Caso Anzualdo Castro contra Perú; Caso Garibaldi contra Brasil; Caso Campo Algodonero contra México; Caso Usón Ramírez contra Venezuela; Caso Radilla Pacheco contra México; Caso Masacre de las Dos Erres; Caso Chitay Nech y Otros contra Guatemala; Caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia; Caso Fernández Ortega contra México; Caso Rosendo Cantú contra México; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia; Caso Vélez Loo contra Panamá; Caso Gomes Lund o “Guerrilha do Araguaia” contra Brasil; Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México (42 fallos). JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE JUSTICIA (p. WEB).

74. Sentencia Corte IDH, “Fernández Ortega y Otros vs. México”, 30 de agosto de 2010, C 200.

*simple gestión de intereses particulares...*⁷⁵. Unicamente por, citar exemplos de amplas disposições, que permitem estender seu conteúdo.

Em suma, as sentenças analisadas da Corte IDH, assinalaram literalmente, de forma expressa, o conceito ou ideia de direito de acesso à justiça, seja nas suas decisões como tribunal, como nos votos dissidentes ou concorrentes, e por isso salientamos que o direito de acesso à justiça como descrito existe. De modo que, apesar de não estar literalmente consagrado na CADH, se encontra materialmente reconhecido, tratado e desenvolvido, atribuindo-lhe conteúdo, e tornando exigível aos Estados, estabelecer padrões e princípios em relação a este direito.

A.- Quanto aos critérios gerais, o acesso à justiça, inicialmente ressalva que, tanto as vítimas como os seus familiares devem ter acesso à justiça, visto que, não pode ser somente a vítima, porque em muitos casos a vítima está desaparecida ou morta, ou impedida de exercer os seus direitos.

Um segundo aspecto geral, e um objetivo próprio do direito de acesso à justiça, é que este direito procura impedir a impunidade⁷⁶, constituindo este como um desafio concreto que deve ser atingido na busca da justiça. Evitar a impunidade envolve o efeito de não repetir a conduta sancionada, a qual constitui em si, outro desafio do direito internacional humanitário, e ademais procura também satisfazer as condições de justiça para as vítimas e suas famílias, indenizando-as de forma integral e penalizando os responsáveis.

Outro aspecto geral é a imposição ao Estado de tomar todas as medidas necessárias para facilitar o acesso à justiça e eliminar os obstáculos à mesma. Não se trata de pedir uma atividade concreta, mas sim, como dever jurídico, lhe impor a obrigação de agir, de ofício ou a pedido de uma parte, de acordo com as necessidades pontuais que se vão apresentando.

Também é um aspecto relevante, que o recurso (em sentido amplo) seja eficaz, ou seja, confiável para a resolução do conflito.

Um tema que é reiterado nesta matéria, é que todo processo ou investigação deve ser realizado num prazo razoável. Justiça que demora não é justiça, e isso possui efetividade enquanto a prática investigativa não seja diluída no tempo, impedindo que os sobreviventes ou familiares de uma vítima, possam obter uma resposta ou ver um resultado.

Finalmente, um último critério geral, que podemos enfatizar, é a informalidade no momento de investigar. Agir eliminando os obstáculos ao acesso à justiça, de modo que, esta não pode ficar condicionada ao formalismo ou ritualismo (que embora faça parte do devido processo, de nenhum modo, podem se transformar em obstáculo para alcançar a justiça).

75. Sentencia Corte IDH, "Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos", 23 de noviembre de 2009, C 233.

76. A impunidade é a "...ausencia, de iure o de facto, de la imputación de la responsabilidad penal de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de su responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, de modo de aquéllos escapan a toda investigación tendiente a permitir su imputación, su arresto, su juzgamiento y, en caso de reconocerse su culpabilidad, a su condena a penas apropiadas y reparar los perjuicios sufridos por sus víctimas". LARRANDART (2016), p. 152.

B.- Em relação aos critérios particulares, os padrões são indissociáveis com relação a temas relevantes, que vão além do processual, os que se inserem dentro do acesso à justiça. Em primeiro lugar, em relação ao prazo razoável, a ponderação deste, se baseia em quatro critérios: a complexidade do caso, a atividade dos interessados, a atividade da autoridade judicial e a afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo⁷⁷.

Um segundo tópico, é que a investigação deve ser capaz de esclarecer os fatos, determinar as sanções correspondentes, e entregar uma reparação⁷⁸ integral à vítima e suas famílias. Assim, os recursos existentes devem ser eficazes e sérios, ou seja, capazes de chegar a um resultado que satisfaça as exigências de justiça que a comunidade internacional exige em matéria de direito humanitário.

O referido acima implica que a atividade de investigação, por parte das autoridades judiciais, deve ser diligente, ou seja, tomar todas as medidas pertinentes para esclarecer os fatos e impedir a impunidade. Esta ideia, bastante ampla significa que, devem ser cumpridas as exigências do devido processo e, dentro do mesmo, que adotem as medidas concretas para procurar as provas necessárias ao esclarecimento dos fatos denunciados, bem como, evitar os atrasos indevidos, jurisdições especiais, e os recursos excessivos interpostos, apenas com o intuito de prolongar a investigação.

Outros critérios mais específicos são:

a.- Em desaparecimentos forçados: a necessidade de estabelecer o que aconteceu com a vítima, e, se possível, saber o seu paradeiro.

b. - Em caso de migrantes: prestar assistência jurídica gratuita, que os serviços de assessoria de intérprete, seja desde as primeiras ações que a vítima necessite, ou desde que os direitos de um imputado sejam afetados; dispor das informações necessárias para a assistência consular; e o Estado deve garantir o indispensável para que, em consideração a fatores sociais e culturais, não se produza uma desigualdade de tratamento nem uma discriminação arbitrária.

c.- No caso de comunidades indígenas; a proteção efetiva implica, tomar em consideração as particularidades próprias dessas comunidades, ponderando os fatores econômicos e sociais, tanto a situação de vulnerabilidade objetiva (educação, saúde, economia, etc.) que possam ter, bem como, os fatores, que são possíveis de suceder em relação ao resto da comunidade nacional. É importante respeitar seu direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes.

77. Da mesma forma, Pita expressou que, estes quatro critérios foram utilizados tanto pela Corte IDH, como pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, este último no "Caso Rigeisen" de 16 de julho de 1971 e o "Caso G. S." de 21 de dezembro de 1999. PRIORI (2016), pp. 168-171.

78. O conceito de "reparação" é um conceito amplo, a maioria das sentenças, pelo menos, ocupa a expressão "reparação integral", para deixar aberta a maior cobertura possível que a realidade do caso possa exigir. Para Gozaíni, a reparação abrange as diversas formas e ações, as que se classificam em: medidas de satisfação e medidas de indenização. Conjugam-se três fatores para determinar as medidas de bem-estar: a Justiça, a não repetição dos fatos, e o reconhecimento público de responsabilidade. GOZAINI (2016), p. 995.

d. - No que se refere, às vítimas de violência sexual, em particular as mulheres, há uma sentença⁷⁹, que aponta algumas condições, que asseguram um acesso integral à justiça, atendendo à natureza do direito violado: i) Que a vítima declare num ambiente cômodo e seguro, que proporcione privacidade e confiança; ii) Que o registro da declaração da vítima evite ao máximo a necessidade da sua repetição; iii) Que viabilize cuidados médicos, sanitários e psicológicos à vítima, desde a emergência, se mantendo continuamente se assim necessário; iv) Que exista um protocolo de atenção para reduzir os efeitos da violação; v) Que se realize exame médico e psicológico completo e pormenorizado, exame este, que deve ser feito por uma equipe idónea e capacitada, de imediato ou em tempo oportuno (para constatar os danos e procurar meios de prova, se possível) na medida do possível, o examinador deve ser do sexo que, a vítima indicar (procurando minimizar as possibilidades de uma revitimização com os exames). Oferecendo também à vítima a possibilidade de ser acompanhada por alguém de sua confiança, se assim desejar; vi) Que os atos de investigação sejam documentados e coordenados, que a prova seja diligentemente manuseada, colhendo amostras suficientes, realizando estudos para determinar a possível autoria do fato, assegurando possíveis provas como: a roupa da vítima, investigação da cena do crime e garantindo da correta “cadeia de custódia”; vii) Conceder à vítima, acesso a assistência jurídica gratuita durante todas as fases do processo.

Por conseguinte, neste período e a partir do reconhecimento previamente existente desse direito (que reconhecia o direito de acesso à justiça, tem reconhecido nos artigos 8 e 25 da CADH), o acesso à justiça atinge um desenvolvimento importante e relevante, que vai dotando de um conteúdo próprio e independente de qualquer outro direito, além do relativo ao devido processo e onde inclusive, este se vê, como um direito que faz parte do acesso à justiça, na medida em que o trabalho das autoridades judiciais deve ser o de esclarecer os fatos denunciados, respeitando as regras do devido processo e contendo outros direitos não formalmente reconhecidos, como o direito à verdade ou à reparação à vítima e à sua família.

4.2 Padrões emanados da jurisprudência da Corte IDH no período 2010-2017 (agosto)⁸⁰

No momento de analisar os padrões, surge uma primeira impressão, o que o direito

79. Sentencia Corte IDH, “Fernández Ortega y Otros vs. México”, 30 de agosto de 2010, C 194.

80. Sentencias Corte IDH 2011- 2017 (agosto): Caso Gelman contra Uruguay; Caso Vera Vera contra Ecuador; Caso Chocrón Chocrón contra Venezuela; Caso Torres Millacura contra Argentina; Caso Contreras contra El Salvador; Caso Fleury contra Haití; Caso de la Familia Barrios contra Venezuela; Caso González Medina y Familiares contra República Dominicana; Caso Forneron e hija contra Argentina; Caso Furlan y Familiares contra Argentina; Caso Palma Mendoza y Otros contra Ecuador; Caso Vélez Restrepo contra Colombia; Caso Uzcátegui contra Venezuela; Caso Masacres de Río Negro; Caso Nadege Dorzema contra República Dominicana; Caso Masacres de el Mozote y Lugares Aledaños; Caso Castillo González contra Venezuela; Caso García contra Guatemala; Caso Masacre de Santo Domingo contra Colombia; Caso Mémoli contra Argentina; Caso “Corte Suprema de Justicia” (Quintana Coello y otros); Caso García Lucero contra Chile; Caso Luna López contra Honduras; Caso Gutiérrez y Familia contra Argentina; Caso Osorio Rivera contra Perú; Caso Liakat Ali Alibux contra Suriname; Caso Veliz Franco y Otros contra Guatemala; Caso de los Hermanos Landaeta Mejías y Otros contra Venezuela; Caso Defensor de Derechos Humanos; Caso de los Pueblos Indígenas

ao acesso à justiça desenvolve essencialmente nos anos 2006 a 2010, período este, posterior à saída do magistrado Cançado, grande impulsionador do desenvolvimento deste direito a nível da Corte IDH, e onde sua influência se faz sentir, mas neste segundo período, o desenvolvimento sistemático alcançado, vê-se ampliado quanto a sua temática geral, mas com manifestações mais concretas e pontuais, aplicadas a casos particulares, ou seja, novos temas e ideias, embora menos sistematização.

Assim, no primeiro período analisado, este direito aparece no reconhecimento tácito, que se faz no período anterior ao investigado, a partir da sua localização nos artigos 8 e 25, em relação ao artigo 1.1 da CADH, com o magistrado Cançado. Posteriormente a saída do mesmo (ano de 2006, primeiro ano do nosso artigo) há um forte desenvolvimento do conteúdo deste direito, o qual já averiguamos, nos permitiu identificar elementos gerais e específicos do direito de acesso à justiça.

Neste segundo período analisado, o desenvolvimento do direito de acesso à justiça realiza-se de forma mais concreta. Assim aparecem as referências às leis de auto amnistia, como incompatíveis com a CADH⁸¹, o que devemos, situar dentro desta ideia geral de impedir a impunidade, o que leva também ao dever jurídico de atuar de ofício por parte das autoridades judiciais, para evitar que se percam ou desapareçam vestígios ou evidências dos crimes, como também a ideia de proteger as vítimas, familiares e testemunhas para evitar represálias.

Outro fator que favorece a impunidade e, por conseguinte, a negação do direito de acesso à justiça, são as estruturas de poder da sociedade que, geram impedimentos fáticos e também normativos, como as normas sobre a imprescritibilidade das ações, tanto penais⁸² como civis⁸³, as quais devem ser removidas para garantir o acesso à justiça.

Igualmente, se consolida como um elemento importante a considerar a existência de normas e procedimentos claros em relação aos juízes temporários ou provisórios, com o objetivo de dar continuidade à administração da justiça. O juiz natural, num caso de grave violação dos direitos humanos, é o do foro civil e, não do foro militar, ou de qualquer outro foro especial.

Kuna De Madungandí Y Emberá De Bayano; Caso Rochac Hernández contra El Salvador; Caso Desaparecidos del Palacio de Justicia; Caso Espinoza González contra Perú; Caso Cruz Sánchez contra Perú; Caso Canales Huapaya contra Perú; Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara contra Perú; Caso Galindo Cárdenas y Otros contra Perú; Caso Ruano Torres contra El Salvador; Caso García Ibarra y Otros contra Ecuador; Caso Velásquez Paiz y Otros contra Guatemala; Caso Maldonado Ordoñez contra Guatemala; Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde contra Brasil; Caso Valencia Hinojosa contra Ecuador; Caso I.V. contra Bolivia; Caso Vásquez Durand y Otros contra Ecuador; Caso Favela Nova Brasília contra Brasil; Caso Acosta contra Nicaragua (47 fallos). JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE JUSTICIA (p. WEB).

81. Para Nogueira, não só são incompatíveis com a CADH, como também não têm validade à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. NOGUEIRA (2004), p. 157.

82. BERNALES (2007), pp. 264-265.

83. BERNALES (2019), pp. 422-430.

Sob outra perspectiva, fortalece-se a ideia do direito à verdade⁸⁴, o que significa averiguar o que passou; esclarecer os fatos, sancionar e obter uma justa e integral indenização às vítimas e a suas famílias, o qual foi analisado desde o primeiro período⁸⁵. Outro tema relacionado é que, as famílias e as vítimas possam intervir, tanto na fase investigativa, como na judicial (julgamento propriamente dito), apresentando provas, sugerindo diligências, ou inclusive, apresentando querelas. O direito de acesso à justiça implica o direito de procurar e de receber informações, o qual é diferente do direito à investigação.

Da mesma forma, se esclarece que as comissões, Para a Verdade, não complementam, tampouco substituem a atividade jurisdicional do Estado.

Quanto ao recurso efetivo, aborda um novo elemento é que esta eficácia deve ser ponderada, tomando em conta as condições gerais do país e as particularidades do caso, exigindo que a investigação seja diligente, rigorosa e séria.

Reitera-se que, a ineficácia judicial constitui em si, uma negação deste direito. Neste sentido, apresentam-se falhas na investigação, que tornam deficiente o recurso, como: “i) *el manejo de los cadáveres*, ii) *la ausencia de rigurosidad en la inspección y salvaguarda del lugar de los hechos*; iii) *el indebido manejo de las evidencias recolectadas* y iv) *los métodos utilizados que no fueron acordes para preservar la cadena de custodia*”⁸⁶.

Numa outra perspectiva, também as exigências formais, como fazer uma apresentação em papel, constituem um impedimento ao acesso à justiça, se a sanção imposta não for proporcionada com o direito violado, a formalidade é secundária frente ao importante.

São feitas mais referências às vítimas, pertencentes aos grupos em situação de vulnerabilidade, que são discriminadas pela sua situação e, conseqüentemente, prejudicadas na igualdade e no exercício do direito de acesso à justiça, incluindo-se⁸⁷ aos deficientes e aos seus pais⁸⁸, os menores, e assinala que o Estado deve adotar todas as

84. Os professores, Juan Carlos Hitters e Oscar Fappiano, destacam o reconhecimento do Direito à Verdade, não só individual, mas também social. Ou seja, não só a vítima ou a sua família têm o direito de saber o que aconteceu, mas também a comunidade nacional e internacional tem esse direito. E salientam que, embora se trate de um direito não expressamente reconhecido na CADH, é um direito que tem vindo a desenvolver-se doutrinária e jurisprudencialmente e que, já é reconhecido desde os casos “Castillo Páez vs. Perú”, do ano 1997, e “Bámaca Velásquez vs. Guatemala” do ano 2000. HITTERS e FAPPIANO (2012a), p. 843; HITTERS e FAPPIANO (2012b), p. 1737. O direito à verdade ampara tanto a vítima como sua família. MINISTERIO PUBLICO FISCAL (2013, tomo II), p. 35.

85. Muitas vezes aparecem confrontados o direito à verdade com o direito ao esquecimento, mas em matéria de violações dos direitos humanos, devemos recordar que, como expressa Carlos Rúa, “*una cosa es el olvido, como derecho de la víctima a no recordar la vulneración de derechos padecida y otra es el olvido como acto de amnesia de las sociedades para evitar aceptar una historia vergonzosa o dolorosa*”. RUA (2016), p. 472.

86. Caso Desaparecidos del Palacio de Justicia.

87. Na primeira parte analisada, havia referências aos seguintes grupos em situação de vulnerabilidade: as mulheres, os imigrantes, as comunidades indígenas e os que se encontram em situação de pobreza.

88. Em relação a esta matéria, há muito a fazer, e Larson assinala que, existe um encorajamento para as pessoas com deficiência, mas existe uma variedade tão infinita de pessoas com deficiência, que se exige não só capacitar os defensores, mas também, aos mesmos deficientes para que, possam fazer valer os seus direitos. A tecnologia pode ajudar, e muito, mas requer que ela seja acessível também às pessoas com deficiências, o que hoje nem sempre ocorre, por isso temos que nos concentrar no indivíduo antes de tudo. LARSON (2014), p. 232.

medidas legislativas, sociais, educativas, laborais e de qualquer outro tipo, para eliminar essa discriminação.

Particularmente, no caso das pessoas com deficiência, a avaliação da violação do direito de acesso à justiça, deve ser feita em relação aos efeitos particulares que causam nessa família, visto que altera sua rotina e opções para atender ao deficiente. Existe também uma exigência, no trabalho do Estado, à superar as dificuldades que gera a pobreza estrutural⁸⁹.

Neste último sentido, quando há discriminação, por género, por exemplo, a investigação dos fatos denunciados, não pode ser feita sob a mesma óptica de qualquer procedimento, ela deve ser efetuada sob a perspectiva de género, o que impõe o dever de realizá-la com todas as considerações necessárias do grupo em situação de vulnerabilidade de que se trata, para o qual existem normas e protocolos, a nível internacional e certamente local.

A doutrina defende que o direito de acesso à justiça não é absoluto e, por conseguinte, as custas judiciais não são proibidas, sem prejuízo do fato de poderem violar o acesso à justiça, quando referido pagamento implica uma negação do acesso à justiça. Por isso, podem ser estabelecidos, mas com as ponderações necessárias e proporcionais⁹⁰ para que em si, não impeça o acesso em geral, e existam remédios para os casos particulares em que qualquer taxa seja impeditiva.

Fala-se dos princípios da subsidiariedade e da complementaridade para que, uma vez esgotados os recursos internos, se possa recorrer ao âmbito internacional e se assegure dessa forma o direito de acesso à justiça.

As sentenças devem ser cumpridas de forma integral e oportuna, de modo que, qualquer regulamentação “...que contenga una prohibición de impugnar los eventuales efectos de su aplicación o interpretación no puede ser considerada en una sociedad democrática como una limitación válida al derecho a un real y efectivo acceso a la justicia de los destinatarios de esa normativa”⁹¹. Além disso, constitui exigência do direito de acesso à justiça fundamentar adequadamente as sentenças, devendo estas, dar respostas reparatórias e não meramente simbólicas, para o qual a resposta do Estado deve ser proporcional ao dano causado à vítima e à sua repercussão na sociedade, de forma que, não seja um sinal de impunidade⁹².

Finalmente, exige-se no trabalho do juiz, fazer o controle de convencionalidade.

89. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra Brasil, voto fundamentado do Juiz Ferrer Mac-Gregor.

90. Tudo isto sem prejuízo das preocupações e perigos que, observa Alexander Aleinikoff, em geral, a respeito à ponderação e ao princípio da proporcionalidade na análise dos conflitos que se produzem em matéria de direitos fundamentais, que, embora consideremos que devem ser consideradas, de qualquer forma, e pelo menos por agora, constituem a melhor fórmula para enfrentar e resolver os conflitos entre direitos fundamentais. ALEINIKOFF (2015), pp. 19-55, 113-131.

91. Caso Canales Huapaya contra Perú.

92. Esta consideração aparece no Caso Garcia Ibarra e outros contra Equador.

Desta forma, fica estabelecido, num amplo sentido, o conteúdo dos padrões de acesso à justiça na jurisprudência da Corte IDH.

CONCLUSÕES

No período do nosso estudo, foram proferidas oitenta e nove sentenças, as quais foram utilizada a expressão, acesso à justiça ou direito de acesso à justiça, cada uma dessas forneceu elementos que, conforme os princípios de progressividade e favor persona, foram dando conteúdo concreto ao direito de acesso à justiça, que iniciou com os votos de minoria, cujo posteriormente se transformaram na opinião da Corte IDH, inclusive além da permanência dos magistrados que promoveram o desenvolvimento deste direito fundamental⁹³.

E respondemos à pergunta inicial, salientando em primeiro lugar, que o direito de acesso à justiça sim há reconhecimento formal e expresso na jurisprudência da Corte IDH é considerado um direito autónomo e independente do direito ao devido processo, qualquer que seja a denominação que se pretenda dar a este, e a base normativa que é atribuído a este direito nos artigos 8.1 e 25, em relação ao artigo 1.1 da CADH⁹⁴, dotando-o de um extenso conteúdo com ampla implicação.

Desta forma, o direito de acesso à justiça, não é exigido somente no âmbito da jurisdição penal, bem como, se estende para todas as matérias, como o administrativo ou legislativo, de modo que, todo procedimento que procure a determinação ou titularidade de um direito, deve ser solucionado com base em critérios de justiça, e o órgão legislativo deve exercer seu poder, respeitando os critérios e valores constitucionais, onde o acesso à justiça é elevado como um direito fundamental e, portanto, inviolável, incumbindo ao Estado salvaguardar e garantir este direito.

Além disso, como direito fundamental, exige que a investigação seja oportuna, e a sentença seja devidamente motivada, que as medidas tomadas sejam proporcionais ao fato investigado ou denunciado, e se cumpra de forma efetiva. Para isso, o recurso deve ser efetivo num sentido substantivo, ou seja, deve ser eliminado qualquer impedimento, que impeça o exercício do direito de acesso à justiça com total liberdade, privilegiando a informalidade da investigação e, em geral, evitando a impunidade.

De outro modo, o direito de acesso à justiça, configura-se como um direito independente do devido processo, este é um direito que diz respeito às garantias processuais, para que as partes no processo, ou a investigação perante os tribunais de justiça, gozem de todos os requisitos para assegurar um resultado justo. Já o acesso à justiça, está relacionado ao devido processo, bem como à execução da sentença e, em geral, às condições de acesso à justiça em condições de igualdade material.

93. Sem dúvida o magistrado Cançado é o principal promotor, ao qual se juntaram os magistrados García e Ferrer e em muito menor medida os magistrados Ventura, García-Sayán, de Figueiredo, Espinoza, Sierra.

94. Isto já se percebe desde a primeira sentença analisada; a Sentença Corte IDH, “La Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, 31 de enero de 2006, C 212.

No que se refere aos critérios específicos, deve salientar-se que, enquanto direito fundamental em matéria de violações dos direitos humanos, é um direito que, abrange outros direitos, como o direito de conhecer a verdade⁹⁵, o direito à investigação⁹⁶ e a permissão da vítima e suas famílias participarem da respectiva investigação, identificar quem são os responsáveis e serem efetivamente punidos⁹⁷, reparando integralmente os danos causados.

As investigações devem ser executadas num prazo razoável, o que implica uma ponderação da complexidade do caso, da atividade dos interessados, da atividade da autoridade judicial e da afetação (prejuízo, dano) dos interesses da pessoa causada pela duração do processo.

No caso dos desaparecimentos forçados, é necessário saber o que aconteceu e onde estão os corpos.

O acesso à justiça deve ser garantido em condições de igualdade a todas as pessoas, considerando todas as situações suscetíveis de provocar um estado de vulnerabilidade nas pessoas afetadas⁹⁸. No tocante, são grupos em situação de vulnerabilidade⁹⁹, os quais são atingidos por razões de discriminação de género, os imigrantes¹⁰⁰, as minorias sexuais, as vítimas de violência sexual, os povos originários¹⁰¹ ou indígenas¹⁰², as vítimas de violência

95. A verdade deve ser estabelecida pelos órgãos jurisdicionais, as Comissões para a Verdade, ajudam, mas não substituem a verdade obtida jurisdicionalmente. Trata-se de um direito fundamental relevante, complexo, autónomo, de evolução permanente e progressiva, sem o qual não existe um acesso efetivo à justiça. BERNALES (2016), pp. 293-295.

96. A investigação, para cumprir com os padrões mínimos deve ser diligente, séria e efetiva. Assim assinala a Corte IDH no Caso Defensor de Direitos Humanos, 28 de agosto de 2014, C 242.

97. Qualquer ato que permita a impunidade dos crimes de lesa humanidade, em qualquer tópico, atenta contra o acesso à justiça, como as normas de prescrição, as leis de Auto Anistia e a exceção de Cosa Julgada.

98. Sob este ponto, existe, por exemplo, no âmbito das pessoas com deficiência, o que se denomina "*ajustes razonables*", os quais se faz necessários quando uma "*norma a política, sin ser en su origen discriminatoria, aplicada a una situación específica en el cual el destinatario de la misma es una persona en situación de discapacidad deviene injusta y contraria al principio de igualdad material*". FINSTERBUSCH (2016), P. 227.

99. Corresponde referir-se a "*grupos en situación de vulnerabilidad*" e, não a grupos vulneráveis, visto que, nenhum dos membros desse grupo são vulneráveis por natureza. BERNALES (2017), pp. 301-302.

100. Não podemos, nesta matéria, esquecer o direito dos apátridas, artigo 16 da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, no qual não se estende apenas ao acesso aos tribunais, também à igualdade de tratamento, à assistência social, entre outros direitos que reconhece. DIARIO OFICIAL (1999, tomo II), pp. 416, 417.

101. A institucionalidade vigente pode adaptar-se a eles, o que lhe dá maior efetividade, por exemplo com a Conciliação, própria do nosso ordenamento jurídico, é mais efetiva que o processo na resolução de seus conflitos, assim destaca Lohengri Ascencio, que enumera diversas vantagens, relativo ao processo em matéria indígena, rapidez, informalidade da comparecer, poupança dos advogados, convocação por via mais expedita, conforme as suas realidades geográfica, não há limites para audiências de conciliação, não importa o lugar, etc. ASCENCIO (2015), p. 63.

102. Levando em conta as características próprias dessas comunidades, ponderando fatores econômicos e sociais, bem como a situação de vulnerabilidade objetiva (educação, saúde, economia, etc.) que possam ter, e qualquer outro fator que, possa ocorrer em relação ao resto da comunidade nacional, respeitando seu direito consuetudinário, os seus valores, os seus usos e costumes.

política, os deficientes¹⁰³, os pobres¹⁰⁴, os idosos¹⁰⁵ sendo fundamental a assistência jurídica gratuita em todas as etapas da investigação ou processo, reiterando que é dever do Estado obtê-la a quem não a tem¹⁰⁶.

Desta forma, expressamos qual é o conteúdo mínimo reconhecido pela jurisprudência da Corte IDH, os que devem ser considerados pelos principais órgãos do Chile em matéria de reconhecimento e proteção de Direitos Fundamentais, particularmente do direito de acesso à justiça, enquanto exigência de um direito que tem o carácter de fundamental.

REFERÊNCIAS

AHRENS, Helen/ ROJAS ARAVENA, Francisco/ SAINZ BORGGO, Juan Carlos (editores), (2015): El Acceso a la Justicia en América Latina: Retos y Desafíos (San José de Costa Rica, Impreso por Perspectiva Digital SA).

ALEINIKOFF, Alexander (2015): El derecho constitucional en la era de la ponderación (Perú, Palestra Editores).

ARIAS OSPINA, Felipe/ GALINDO VILLARREAL, Juliana (2015): El sistema interamericano de derechos humanos. Monografía de obra colectiva dirigida por LOPEZ GUERRA, Luis/ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales (Lima, Publicada por Palestra Editores), pp. 131-164.

ASCENCIO GREZ, Lohengri (2015): La Conciliación en las Comunidades Mapuches de la Región de La Araucanía (Chile, Puerto Editores).

BARBERO, Natalia (2016): Protección Internacional de los Derechos Humanos (Argentina, Rubinzal Culzoni Editores). Tomo IV.

103. Por exemplo, no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, nos termos do artigo 9º, as partes na Convenção, são exigidas a assegurar às pessoas com deficiência, com base na igualdade com os outros, o acesso ao ambiente físico (por exemplo, edifícios) informação e comunicação e outros equipamentos e serviços abertos ao público. Para garantir este acesso, devem estar disponíveis para eles formas adequadas de assistência (incluindo guias, leitores e intérpretes profissionais em libras). A impossibilidade de um requerente entrar fisicamente num tribunal, por exemplo, devido à mobilidade reduzida, pode ser considerada uma violação do direito de acesso a um tribunal (“L’accessibilité est l’un des principes fondateurs de la CRPD et « une condition préalable essentielle de la jouissance effective par les personnes handicapées, sur la base de l’égalité des différents droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels ». Selon l’article 9, les parties à la Convention sont tenues d’assurer aux personnes handicapées, sur la base de l’égalité avec les autres, l’accès à l’environnement physique (par exemple, les bâtiments), à l’information et à la communication ainsi qu’aux autres équipements et services ouverts au public. Aux fins de garantir cette accessibilité, elles doivent mettre à leur disposition des formes d’aide appropriées (notamment des guides, des lecteurs et des interprètes professionnels en langue des signes). L’impossibilité pour un requérant d’entrer physiquement dans un tribunal, par exemple en raison d’une mobilité réduite, pourrait être considérée comme une violation du droit d’accès à un tribunal...”). EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2016), p. 169.

104. A mais antiga das instituições de acesso à justiça, é a assistência jurídica gratuita, o que hoje não deveria constituir problema pela grande quantidade de advogados que existem, embora não possa deixar de recordar o que assinalava o professor Calamandrei: “Muchos abogados, pero poca justicia”. CALAMANDREI (1960, Demasiados abogados...), p. 134.

105. BERNALES (2019, Consumidor...), pp.250-251.

106. Também não podem ser afetados sob estados de exceção constitucional, como expressa o professor Justiniano, onde, na emergência, a interpretação e aplicação da norma deve ter presente a tutela efetiva dos direitos fundamentais. JUSTINIANO (2010), p. 284.

BERNALES, Gerardo (2007). La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos (Chile, Editorial U. de Talca. Artículo publicado en Revista Ius et Praxis, Año 13, N° 1, pp. 245-265).

BERNALES, Gerardo (2016). El Derecho a la Verdad (Chile, Editorial Thomson Reuters. Artículo publicado en Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, CECOCH, Año 14, N° 2, pp. 263-304).

BERNALES, Gerardo (2017). Reforma Constitucional chilena y grupos en situación de vulnerabilidad. Un breve análisis constitucional comparado (Santiago, Editorial Librotecna, capítulo de libro coordinado por Dr. Gonzalo Aguilar "Poder Judicial. Reforma Constitucional y Derechos Fundamentales", pp. 301-341).

BERNALES, Gerardo (2019). Acceso a la Justicia y Debido Proceso (Curitiba, Editorial Juruá).

BERNALES, Gerardo (2019). El Derecho a la Información en el "Consumidor Financiero". Algunas consideraciones respecto del Adulto Mayor (Curitiba, Editorial Juruá capítulo de libro coordinado por Dr. David Vallespín "Consumidor y Sector Bancario", pp. 249-272).

BORDALI SALAMANCA, Andrés (2011): Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial (Chile, en Revista Chilena de Derecho, 38 N° 2), pp. 311-337.

BORDALI SALAMANCA, Andrés (2016): Derecho Jurisdiccional (Valdivia, Editorial Derecho Austral).

CALABRIA, Daniel/ PERRONE, Nicolás (2006): Estado, Acceso a la justicia y Sociedad. Una visión totalizadora. Monografía en obra dirigida por BRENNNA, Ramón: Acceso a la justicia: Trabajos del concurso Argenjus 2005 (Buenos Aires, Editorial La Ley), pp. 1-46.

CALAMANDREI, Piero (1960): Demasiados abogados (Traducción de Santiago Sentis, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, -EJEA-).

CANÇADO TRINDADE, Antonio (2012): El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión (Santiago de Chile, Editorial Librotecna).

CANÇADO TRINDADE, Antonio (2013): El principio básico de igualdad y no discriminación: construcción jurisprudencial (Santiago de Chile, Editorial Librotecna).

CANESSA, Jorge (2014): El sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de los derechos humanos laborales (Perú, Palestra Editores).

CAPPELLETTI, Mauro/ GARTH, Bryant (1983): El acceso a la Justicia (Traducción de Samuel Amaral, Buenos Aires, Impreso en Grafica Pafermol).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999): Opinión Consultiva OC 16/99, de 1 de octubre de 1999, sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf [visitado el 06/09/2017].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018): Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia> ; [visitado el 15/10/2018].

CONTESSE, Jorge (2010): Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Paridad de Participación: el progreso constitucional desde afuera. Monografía coordinada por CAZOR ALISTE, Kamel/ SALAS SALAZAR, Carolina: Estudios Constitucionales (Publicado en Santiago por Librotecnia y Asociación Chilena de Derecho Constitucional), pp. 169-203.

DIARIO OFICIAL (1999) (Santiago, Diario Oficial Talleres Offset La Nación). Tomo II.

DIAZ CORNEJO, María Soledad (2006): Hacia un enfoque integral del acceso a la justicia. La situación en la provincia de Córdoba. Monografía de obra colectiva dirigida por BRENNAN, Ramón: Acceso a la justicia: Trabajos del concurso Argenjus 2005 (Buenos Aires, Editorial La Ley), pp. 155-214.

DIAZ GARCIA, Luis Iván – URZUA GACITUA, Patricia (2018): Procedimientos administrativos disciplinarios en Chile. Una regulación vulneradora del derecho fundamental al debido proceso. (Santiago, Revista *Ius et Praxis*, Año 24 N° 2, Universidad de Talca, publicado por Thomson Reuters), pp. 183-222.

ESPEJO YAKSIC, Nicolás- LEIVA GARCIA, Carla (2012): Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Santiago, Legal Publishing Chile y Thomson Reuters).

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2016): "Manuel de droit européen en matière d'accès à la justice". Disponible en : <http://fra.europa.eu/fr/publication/2016/manuel-de-droit-europeen-en-matiere-dacces-la-justice> [visitado el 20/11/2017].

FINSTERBUSCH ROMERO, Christian (2016): La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de los derechos humanos. (Santiago, Revista *Ius et Praxis*, Año 22 N° 2, Universidad de Talca, publicado por Thomson Reuters), pp. 227-252.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2012): El Debido Proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana (México, Editorial Porrúa).

GOMEZ LARA, Cipriano (2006): El debido proceso como Derecho Humano. Monografía en obra coordinada por GONZALEZ MARTIN, Nuria: Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau (México, impresa por Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM), pp. 341-358.

GOZAÍNI, Osvaldo (2006): Introducción al Derecho Procesal Constitucional (Santa Fe, Editorial Rubinzal- Culzoni).

GOZAÍNI, Osvaldo (2016): El Sistema Procesal Interamericano (Argentina, Editora Ar, EDIAR).

GREIF, Jaime (2014): I. Quo vadis Justitia? II. Acceso a la Justicia (La Plata, Librería Editora Platense SRL).

HITTERS, Juan Carlos/ FAPPIANO, Oscar (2012): Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Buenos Aires, Editorial Ediar). Tomo II, volumen 2.

HITTERS, Juan Carlos/ FAPPIANO, Oscar (2012): Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Buenos Aires, Editorial Ediar). Tomo II, volumen 3.

IBAÑEZ RIVAS, Juana María (2014): Artículo 8. Garantías Judiciales. Monografía en obra colectiva de STEINER, Christian/ URIBE, Patricia -Editores-: Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario (Santiago, Fundación Konrad Adenauer Stiftung), pp. 207-254.

JUSTINIANO ROBLEDO, Federico (2010): Las Garantías Judiciales como vías de Tutela de los Derechos Fundamentales en Estados de Emergencia (In) Constitucional (Santiago, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 8, N° 2, impresa por Editorial AbeledoPerrot), pp. 247-292.

LARRANDART, Lucila (2016): Memoria, verdad y justicia (Buenos aires, Editorial Hammurabi).

LARSEN, Pablo (2016): Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Buenos Aires, Editorial Hammurabi SRL).

LARSON, David Allen (2014): "Access to justice for Persons with Disabilities: An Emerging Strategy". Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2442534 [visitado el 20/10/2017].

MARABOTTO LUGARO, Jorge (2003): Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia. Monografía en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, edición 2003 (Montevideo, Impreso en Mastergraf), pp. 291-301.

MAURINO, Gustavo (2016): Los procesos colectivos. Monografía en obra coordinada por GARGARELLA, Roberto / GUIDI, Sebastián: Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina (Argentina, Editorial La Ley SAE e I), Tomo II, pp. 871-965.

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES (2013): El Debido Proceso Legal: Análisis desde el sistema interamericano y universal de derechos humanos (Buenos Aires, Editorial EUDEBA). Tomo II.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2004): Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la Convención Americana de Derechos Humanos (Chile, en Revista Centro Estudios Constitucionales, Año 2 N° 1, Editorial Universidad de Talca), pp. 123-158.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2008): Derechos fundamentales y garantías constitucionales (Santiago, Editorial Librotecnia). Tomo 2.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2012): El Debido Proceso en la Constitución y el sistema interamericano, segunda edición (Santiago, Editado por Librotecnia).

PITA, Enrique Máximo (2016): Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Monografía en obra coordinada por PRIORI POSADA, Giovanni: Constitución, Derecho y derechos. Libro de Ponencias del Primer Encuentro de la red Justicia (Lima, Palestra Editores), pp. 165-172.

ROJAS FRANCO, Enrique (2011): El Debido Proceso Administrativo. (Perú, en Revista de la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica del Perú, N° 67), pp. 177-188.

RUA DELGADO, Carlos (2016): La justicia anamnética como construcción complementaria del paradigma de justicia transicional. Una mirada desde el caso colombiano. (Santiago, Revista Ius et Praxis, Año 22 N° 1, Universidad de Talca, publicado por Thomson Reuters), pp. 455-492.

SECRETARIA NACIONAL DE EDUCACION SUPERIOR DE ECUADOR (2008): "Constitución Política de la República del Ecuador". Disponible en: http://www.produccion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Normas_Constitucionales.pdf [visitado el 01/10/2016].

VALLESPÍN PEREZ, David (2002): El Modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil (Barcelona, Editorial Atelier).

JURISPRUDÊNCIA CITADA

Sentencia caso "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala" (1999), Corte IDH, de 19 de noviembre 1999. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf [visitado el 21/03/2017].

Sentencia caso "Durand y Ugarte vs. Perú" (2000), Corte IDH, de 16 de agosto 2000. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf [visitado el 21/05/2017].

Sentencia caso "Bámaca Velásquez vs. Guatemala" (2000), Corte IDH, de 25 de noviembre 2000. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf [visitado el 22/04/2017].

Sentencia caso "Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago" (2002), Corte IDH, de 21 de junio 2002. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf [visitado el 04/05/2017].

Sentencia caso "Cantos vs. Argentina" (2002), Corte IDH, de 28 de noviembre de 2002. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf [visitado el 02/09/2017].

Sentencia caso "Juan Humberto Sánchez versus Honduras" (2003), Corte IDH, de 7 de junio de 2003. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf [visitado el 01/09/2017].

Sentencia caso "Bulacio con Argentina" (2003), Corte IDH, de 18 de septiembre de 2003. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf [visitado el 01/09/2017].

Sentencia caso "Myrna Mack Chang vs. Guatemala" (2003), Corte IDH, de 25 de noviembre 2003. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf [visitado el 02/06/2017].

Sentencia (competencia) caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá" (2003), Corte IDH, de 28 de noviembre de 2003. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf [visitado el 04/09/2017].

Sentencia caso "19 Comerciantes vs. Colombia" (2004), Corte IDH, de 5 de julio de 2004. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf [visitado el 07/09/2017].

Sentencia caso "Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú" (2004), Corte IDH, de 8 de julio 2004. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf [visitado el 06/02/2017].

Sentencia caso “Comunidad Moiwana vs. Suriname” (2005), Corte IDH, de 15 de junio de 2005. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf [visitado el 08/09/2017].

Sentencia caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia” (2005), Corte IDH, de 15 septiembre de 2005. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf [visitado el 25/01/2017].

Sentencia caso “La Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia” (2006), Corte IDH, de 31 de enero de 2006. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf [visitado el 12/09/2017].

Sentencia caso “Palamara contra Chile” (2006), Corte IDH, de 22 de noviembre de 2006. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf [visitado el 24/03/2016].

Sentencia caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” (2006), Corte IDH, de 24 noviembre de 2006. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf [visitado el 01/06/2017].

Sentencia caso “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos” (2009), Corte IDH, de 23 de noviembre de 2009. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf [visitado el 24/07/2017].

Sentencia caso “Fernández Ortega y Otros vs. México” (2010), Corte IDH, de 30 de agosto de 2010. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf [visitado el 20/07/2017].

Sentencia caso “Mohamed vs. Argentina” (2012), Corte IDH, de 23 de noviembre de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf [visitado el 03/09/2017].

Sentencia caso “Canales Huapaya y Otros vs. Perú” (2015), Corte IDH, de 24 de junio de 2015. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_296_esp.pdf [visitado el 15/08/2017].

Sentencia caso “Defensor de Derechos Humanos y Otros vs. Guatemala” (2014), Corte IDH, de 28 de agosto de 2014. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_283_esp.pdf [visitado el 19/08/2017].

Sentencia caso “Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia” (2014), Corte IDH, de 14 de noviembre de 2014. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf [visitado el 12/10/2017].

Sentencia caso “García Ibarra y Otros vs. Ecuador” (2015), Corte IDH, de 17 de noviembre de 2015. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_306_esp.pdf [visitado el 18/08/2017].

Sentencia caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil” (2016), Corte IDH, de 20 de octubre de 2016. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf [visitado el 05/09/2017].

UM OLHAR DE GÊNERO SOBRE O TRATADO DE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Data de aceite: 01/10/2020

Juliana Bertholdi

Pontifícia Universidade Católica - PR,
Centro Universitário Autônomo do Brasil - PR.
Faculdade Arnaldo - MG

Angelina Colaci Tavares Moreira

Pontifícia Universidade Católica do Paraná –
PR.

Marina Bonatto

Pontifícia Universidade Católica – PR

RESUMO: o presente estudo tem por objetivo analisar a temática de Direitos Humanos e Empresas a partir de um recorte de gênero, defendendo a necessidade de se pautar os direitos das mulheres no Tratado Internacional de Direitos Humanos e Empresas. Para construção de tal argumento, pretende-se demonstrar a maior suscetibilidade das mulheres em figurarem como vítimas de graves violações por parte das empresas multinacionais de caráter transnacional. O impacto das grandes multinacionais na realização dos direitos humanos vem paulatinamente ganhando espaço nos debates acadêmicos. Neste passo, há autores que defendem, inclusive, que as empresas que exercem atividades transnacionais deveriam constituir sujeitos de direito internacional, ao lado dos Estados-Nações, enfrentando as competentes obrigações e sanções. Em posição mais moderada, mas não menos vanguardista, vem-se militando pela realização de um tratado

vinculante de Direitos Humanos e Empresas, que supere o caráter voluntarista dos Princípios Guiadores de Direitos Humanos e Empresas e busque maior efetividade do papel de garante destas grandes instituições. Dentro deste espectro, em que se admite e encoraja um tratado vinculante de direitos humanos e empresas, defende o presente estudo que as mulheres constituem uma das parcelas mais vulneráveis às violações promovidas por tais entes, sendo alvos de agressões bastante peculiares à violência de gênero. O método utilizado foi dedutivo, a partir da revisão bibliográfica e documental. Concluiu-se que, sendo as mulheres as principais vítimas pelas violações de direitos humanos por empresas, sendo tais violações dotadas de particulares que refletem o processo histórico de submissão de gênero asoberbadas pelo capitalismo moderno, torna-se fulcral a proteção especializada neste tratado que pretende garantir os direitos humanos face às grandes empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos, empresas transnacionais, violência de gênero.

A GENDER BASED VIEW ON THE UN TREATY ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: The present study aims to analyze the theme of Human and Business Rights from a gender perspective, defending the need to base women's rights on the Un Treaty on Business and Human Rights. To construct such an argument, it is intended to demonstrate the greater susceptibility of women to appear as victims of serious violations by multinational companies of a transnational character. The

impact of large multinationals in the realization of human rights has been gradually gaining ground in academic debates. In this step, authors defend, even, that companies that carry out transnational activities should constitute subjects of international law, alongside the nation-states, facing the competent obligations and sanctions. In a more moderate, but no less avant-garde position, it has been campaigning for the realization of a binding treaty on Human and Business Rights, which overcomes the voluntarist character of the Guiding Principles of Human and Business Rights and seeks greater effectiveness in the role of guarantor of these large institutions. Within this spectrum, in which a binding treaty on human rights and companies is admitted and encouraged, the present study argues that women constitute one of the most vulnerable parts of the violations promoted by such entities, being targets of aggressions quite peculiar to gender violence. The method used was deductive, based on the bibliographic and documentary review. It was concluded that, since women are the main victims of human rights violations by companies, such violations endowed with individuals that reflect the historical process of gender submission overtaken by modern capitalism, the specialized protection in this treaty that seeks to become crucial guarantee human rights vis-à-vis large companies.

KEYWORDS: Human rights, transnational corporations, gender violence.

1 | INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo a análise temática da construção de um Tratado de Direitos Humanos e Empresas sob uma ótica crítica feminista¹. Pretende-se discutir de que forma as violações de direitos humanos por empresas afetam sobremaneira as mulheres e de que maneira um diploma internacional vinculante, se permeado por uma ótica de gênero, pode contribuir para a alteração desse *status quo*.

Primeiramente, insta destacar que as corporações transnacionais vêm ganhando cada vez mais poder: das 100 maiores economias mundiais, 69 são empresas multinacionais, cujo faturamento anual excede o PIB de grandes Estados². Inegável, portanto, o poderio das grandes corporações, as instituições financeiras internacionais, por exemplo, como apontado por Godoy, exercem governos paralelos aos poderes oficialmente constituídos³.

Além disso, tendo em vista que grande parte destas empresas não excede nem um século de existência, é evidente a velocidade e a agressividade do crescimento de sua influência política e social⁴.

1. No contexto deste projeto, entende-se como ótica crítica feminista aquela que reconhece a necessidade de uma avaliação sensível ao gênero por entender que a experiência masculina tem sido privilegiada ao longo da história, enquanto a feminina, negligenciada e desvalorizada. ENLOE, Cynthia H. **Bananas, beaches and bases: making feminist sense of international politics**. Los Angeles: University of California Press. 2014, p. 8-10.

2. PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**, 2ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

3. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil**. Londrina: Humanidades, 2004, p. 48.

4. Informações detalhadas em: <https://www.globaljustice.org.uk/news/2016/sep/12/10-biggest-corporations-make-more-money-most-countries-orld-combined>. Acesso em 3 de agosto de 2019.

Frente a ante exposta expansão emergente das atividades corporativas, somada a força e peso dessas corporações no contexto contemporâneo, verifica-se a necessidade de uma ação empresarial na reafirmação e no endossamento dos direitos humanos, bem como na sedimentação de sua derrocada absoluta.

Trata-se de discussão extremamente atual, posto que o Tratado de Direitos Humanos e Empresas ainda é um projeto embrionário, cujos detalhamentos estão sujeitos às demandas e pressões de órgãos internacionais – a segunda reunião para discussão do *draft one* se dará na semana de 14 a 18 de outubro de 2019. Ainda, constitui discussão pertinente, pois as mulheres são as principais vitimadas pelas violações cometidas pelas empresas⁵, merecendo este fato especial atenção na redação do diploma vindouro: mulheres e meninas representam 99% das vítimas de trabalho forçado na indústria comercial do sexo e 58% em outros setores empresariais, ainda, 40% das vítimas de trabalho forçado impostos por autoridades estatais são mulheres⁶.

2 | A VULNERABILIDADE FEMININA E AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Em 2017, 43% da população feminina mundial estava em empregos vulneráveis, frequentemente integrantes das cadeias globais de suprimentos transnacionais corporações, com acesso reduzido ou inexistente a proteção⁷. Defende-se, que ao lado das crianças, as mulheres representam as maiores vítimas dos abusos perpetrados pelas multinacionais, a nível global, por exemplo, a diferença salarial entre homens e mulheres que exercem a mesma função é de 23% e são mais de 700 milhões de mulheres a menos que percebem salários em funções desempenhadas diariamente⁸.

Ademais, no que concerne a oferta de oportunidades de trabalho, para as mulheres essa é quase 27% menor do que para dos homens⁹. E quando encontram oportunidades de trabalho, as mulheres normalmente se deparam com trabalhos informais ou com contratos precários, com menores salários, piores condições e proteções ínfimas¹⁰, o que coloca as

5. Informações podem ser obtidas em: <https://www.business-humanrights.org/en/binding-treaty>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

6. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Walk Free Foundation (2017), **Global Estimates of Modern Slavery**. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf. Acesso em 26 de agosto de 2019.

7. Embora a taxa de emprego vulnerável de mulheres e homens seja similar, existem diferenças significativas de gênero em suas subcategorias. Por exemplo, globalmente, 14,9% das mulheres empregadas exercem trabalhos familiares, em comparação com 5,5% dos homens empregados. Em termos de trabalho por conta própria, a parcela do emprego masculino é maior do que a emprego feminino em todos os grupos de renda dos países estudados. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **World Employment Social Outlook Trends for Women 2017**. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_557245.pdf. Acesso em 26 de agosto de 2019.

8. UN WOMEN. **Progress of the World's Women: Transforming Economies**, 2015.

9. RHODES, Francesca; HARVEY, Rowan; PARVEZ, Anam. **An Economy that Works for Women: Achieving women's economic empowerment in an increasingly unequal world**. Oxfam briefing paper, março de 2017. Disponível em: <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620195/bp-an-economy-that-works-for-women-020317-en.pdf?sequence=1>. Acesso em 12 de agosto de 2019.

10. KRISTIANSSON, Linnea. **Embedding gender in the business and human rights agenda**. Lund University, 2017.p.14.

mulheres no final da cadeia de valor. Essas condições de trabalho são, em geral, exploradas justamente pelas empresas transnacionais, o que ocorre principalmente em países cuja legislação trabalhista é menos protetiva.

Além da ausência de legislação protetiva, a legislação existente também figura por vezes como uma barreira a efetivação da igualdade de gênero, segundo dados do relatório do Banco Mundial, de 173 países analisados, 155 possuem ao menos uma lei que restringe a igualdade econômica feminina¹¹.

Por essa razão e pela pressão das demandas de vítimas, da sociedade civil organizada e das instituições de proteção dos Direitos Humanos, foram adotadas algumas práticas e modelos de gestão, esses, no entanto, usualmente promovidos por atos voluntários, possuem pouca efetividade¹², em especial no que diz respeito a área dos Direitos Humanos e Empresas.

Ademais, o acesso à justiça, já negado às mulheres em esferas nacionais, torna-se ainda mais dificultoso quando nos referimos a órgãos internacionais: daí a iniciativa de tratado cogente, de aplicabilidade plena, que facilite o acesso das vítimas à justiça e que possibilite a punição de seus algozes.

Portanto, é demanda urgente a realização de estudos que verticalizem a construção de um Tratado de Direitos Humanos e Empresas a partir do viés de gênero, a fim de que as propostas da sociedade civil e da academia auxiliem a instrumentalização dos direitos humanos da mulher, cujas particularidades exigem dedicação especializada.

A busca pela inserção de um recorte de gênero no tema de Direitos Humanos e Empresas é bastante recente, razão pela qual a bibliografia específica sobre o assunto é ainda escassa. Tal panorama se torna mais latente quando nos dirigimos ao Tratado de Empresas e Direitos Humanos, cuja segunda versão dos rascunhos – cunhada *Draft One* - data de julho de 2019¹³. Não obstante, já foram largamente discutidas as temáticas que tangenciam o estudo pretendido, permitindo a leitura integrativa e interdisciplinar que permitirá a construção do presente trabalho.

A verticalização pretendida, a partir da desigualdade entre gêneros, constitui uma das mais enraizadas e cruéis formas de discriminação, moldando padrões econômicos¹⁴, políticos¹⁵ e sociais¹⁶, negando às mulheres o direito ao desenvolvimento na mesma medida em que é aferido aos seus pares homens. O resultado, como aponta Maria Fernanda Carvalho, é a significativa disparidade de poder entre homens e mulheres na microesfera

11. BANCO MUNDIAL. **Women, Business and the Law 2016: Getting Equal**, 2016: <http://wbl.worldbank.org/~media/WBG/WBL/Documents/Reports/2016/Women-Business-and-the-Law-2016.pdf>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

12. PAMPLONA, Danielle Anne. Das violações de direitos humanos e do envolvimento das grandes corporações em PIOVESAN, Flavia. **Empresas e direitos humanos**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, p. 66.

13. O documento encontra-se disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/binding-treaty>. Acesso em 3 de agosto de 2019.

14. MARÇAL, Katrine. **O lado invisível da economia: uma visão feminista**. São Paulo: Editora Alaúde, 2017.

15. BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo, Boitempo, 2015.

16. PATEMAN, Carole. **The sexual contract**. Stanford: Stanford University Press, 1988.

de seus lares e na macroesfera nacional e global¹⁷, gerando o fenômeno conhecido como a feminização da pobreza¹⁸, responsável por paulatinamente agravar a situação de vulnerabilidade econômica, social e política feminina.

3 | A NECESSÁRIA ABORDAGEM DE GÊNERO NO TRATADO DE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Os sistemas normativos e legais construídos por séculos auxiliam a perpetuação das disparidades acima relatadas, por vezes limitam os direitos políticos das mulheres, em outras oportunidades diminuem suas oportunidades laborais e até mesmo permitem a ocorrência da violência doméstica a familiar¹⁹, o que diminui significativamente o direito ao desenvolvimento feminino.

Para Rosalba Todaro, a explicação para tamanha rejeição às políticas de equidade reside do fato de que “existe uma ordem social de gênero que interatua com uma ordem social geral”, constituindo um sistema de relações sociais masculinas e femininas das quais se extrai uma divisão sexual do trabalho a partir de fatores sexuais simbólicos. Tal como nas relações políticas, o gênero também é um fator determinante no espaço laboral, sendo característica marcante deste a divisão sexual do trabalho. O espaço público, em que se inclui o laboral, não é feminino²⁰.

Joan Scott igualmente anota uma “realidade social sexualmente baseada”²¹ em que “a diferença sexual tem sido concebida em termos de dominação e de controle das mulheres”, especialmente na esfera política e nos demais cargos de expressividade social, em que o controle de gênero remonta a própria construção das primeiras noções de democracia.

A economia do cuidado, oriunda deste controle de gênero, envolve a criação dos filhos, a guarda das crianças, a atenção com os parentes idosos ou com necessidades especiais, as atividades de educação, saúde e dos afazeres domésticos, assim como a convivência das pessoas que cuidam umas das outras e do ambiente natural²². No entanto, da economia do cuidado depende toda a reprodução humana e, portanto, a própria existência da produção e do mercado.

17. CARVALHO, Maria Fernanda Campos Goretti de. **A necessidade de uma perspectiva de gênero em um tratado em Direitos Humanos e empresas nas Nações Unidas**. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2019, p.5.

18. AGUILAR, Paula Lucía. A feminização da pobreza: conceitualizações atuais e potencialidades analíticas. **Revista Katálysis**, Janeiro de 2011, Vol.14(1), pp.126-133.

19. BANCO MUNDIAL. **Women, Business and the Law 2016: Getting Equal**, 2016: <http://wbl.worldbank.org/~media/WBG/WBL/Documents/Reports/2016/Women-Business-and-the-Law-2016.pdf>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

20. TODARO, Rosalba. **Mujeres ejecutivas em Chile: uma empresa difícil**. In: ZABLU-DVOSKY, G. (Coord.). **Mujeres en cargos de direccion en América Latina: estudios sobre Argentina, Chile México Y Venezuela**. México: UNAM, Miguel Angél Porrúa Editor, 2002, p. 69.

21. SCOTT. Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. In: Educação e realidade, v.15, n.2, 1990, p. 69.

22. BIROLI, Flavia. **Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

Segundo o informe da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL (2010), “Que tipo de Estado? Que tipo de igualdade?”²³ a conciliação entre a vida profissional e familiar baseada na redistribuição das tarefas de cuidado entre o Estado, o mercado e as famílias, continua a ser o ponto cego das políticas públicas da América Latina e do Caribe. Existe um lapso entre as obrigações legais para com o cuidado de ambos os cônjuges em relação com seus descendentes e ascendentes e as normas, os serviços, a infraestrutura e as provisões disponíveis para sua realização. Nesta situação, as desigualdades de gênero são evidentes.

Segundo Alicia Bárcena, Secretária Executiva da CEPAL, não será possível conseguir igualdade de trabalho para as mulheres enquanto não for resolvida a carga de trabalho não remunerado e de cuidados que recaem historicamente sobre elas. Para a autora, a incorporação das mulheres ao mercado de trabalho em iguais condições que as dos homens requer uma análise e uma mudança estratégica da função social e simbólica estabelecida na sociedade²⁴.

Isto implica, por uma parte, redistribuir a carga de trabalho não remunerada associada à reprodução e ao sustento da vida humana e, por outra, desmontar o sistema de poder que subjuga a vida livre de violência, o direito de decidir plenamente sobre a reprodução e suas condições, como na dimensão pública (a representação equitativa nos níveis de tomada de decisões da sociedade).

Desta forma, existe a necessidade de articulação entre as esferas da produção e da reprodução e do sistema de emprego e o cuidado das famílias e indivíduos. Na perspectiva da titularidade dos direitos, as políticas públicas devem garantir o acesso ao emprego ao mesmo tempo em que provê serviços públicos para aqueles que dão e recebem cuidados. Conciliar trabalho e família é fundamental para que haja uma maior equidade entre homens e mulheres e para que a articulação entre Estado, Família e Mercado possa se dar em benefício das pessoas e da ascensão social ascendente de todos, com equidade de gênero²⁵.

Ainda, é fato consabido que o desenvolvimento econômico e social de um país depende do pleno emprego dos insumos produtivos disponíveis e do crescimento da produtividade dos fatores de produção, especialmente das mulheres, que são mais da metade da população e possuem dificuldades para uma inserção de qualidade no mercado de trabalho²⁶.

23. Comissão Econômica para América Latina e o Caribe (CEPAL). **Que tipo de Estado? Que tipo de igualdade?**, 2010. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/cepal-promove-igualdade-trabalho-estimular-autonomia-mulheres-regiao>. Acesso em 2 de agosto de 2019.

24. Idem.

25. ALVES, J. E. D.; MARTINE, G. **Gênero e Desenvolvimento: Desafios para a Integração e Atualização do Cairo**. IVº Congresso da ALAP, Havana, 2010, p. 13. Disponível em: http://www.alapop.org/2009/index.php?option=com_content&view=article&id=621&Itemid=3. Acesso em 1 de agosto de 2019.

26. ALVES, J. E. D.; CAVENAGHI, S. **Família, trabalho e pobreza nas políticas de transferência de renda: O caso do Programa Bolsa Família no Recife**. Anais do VII ENABER, São Paulo, 2009, p. 26.

Neste sentido, o contexto social e jurídico impostos acabam por reduzir a mulher à dupla dependência de seus familiares homens – geralmente seus companheiros - e patrões. Por esta razão, tendo como pano de fundo os papéis constituídos socialmente, as violações de direitos humanos afetam homens e mulheres de maneiras muito diferentes²⁷. O quadro é agravado, ainda, pelo sistema capitalista, que tem na disparidade de gêneros uma oportunidade para maiores lucros com a exploração de mão de obra mais barata²⁸.

O estudo dos direitos humanos da mulher, portanto, merece lentes próprias – especialmente quando verticalizado em sua relação com as empresas transnacionais e suas violações próprias, a exemplo da supracitada divisão sexual do trabalho, da feminização da pobreza, das inúmeras notícias de assédios, abusos morais e sexuais. Assim, não há como discutir Direitos Humanos em um contexto de Direitos Humanos e Empresas sem que se preste especial atenção aquelas mais vulneráveis.

4 | DA INSERÇÃO DE UMA VISÃO DE GÊNERO NO TRATADO DE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

As particularidades que permeiam os direitos humanos e sua aplicação relacionada às empresas transnacionais gerou a preocupação especializada esperada: cientes da importância econômica e social das empresas e buscando a instrumentalização de programas que as coloquem positivamente no contexto mundial, em junho de 2011 o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou por consenso os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, elaborados pelo Professor de Harvard, John Ruggie, Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, ladeado por equipe especialmente designada para tal finalidade²⁹.

A construção de tais princípios, elaborados a partir da análise e cotejo de normas de direitos humanos preexistentes, representam avanço significativo na consolidação de parâmetros normativos aplicáveis à conduta das empresas em relação aos Direitos Humanos, verificados até então, conforme já aduzido, como tutelados exclusivamente pelos Estados. Os princípios, conforme então afirmara o próprio John Ruggie, são o “fim do início”, sendo um trabalho transformador, porém incompleto, como bem aponta Martin³⁰. Assim, fulcral que as empresas e os Estados se comprometam com a sua implementação e aprofundem o debate sobre as obrigações das empresas nessa matéria, com a participação

27. GENDER AND DEVELOPMENT NETWORK (GADN). **Why National Action Plans on Business and Human Rights must integrate and prioritise gender equality and women’s human rights**. 2015. Disponível em http://www.progressio.org.uk/sites/progressio.org.uk/files/gadn_b_hr_paper_13_11_15_final.pdf. Acesso em 1 de agosto de 2019.

28. CARVALHO, Maria Fernanda Campos Goretti de. **A necessidade de uma perspectiva de gênero em um tratado em Direitos Humanos e empresas nas Nações Unidas**. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2019, p.7.

29. NAÇÕES UNIDAS. **Guiding Principles on Business and Human rights: implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework**, 2010. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf. Acesso em 11 de agosto de 2019.

30. MARTIN, Jena. “The End of the Beginning?”: A Comprehensive Look at the U.N.’s Business and Human Rights Agenda from a Bystander Perspective. **Fordham Journal of Corporate and Financial Law**, Vol. 17, 2012 (4), p. 6.

ativa das organizações de Direitos Humanos que estudam sobre a temática.

Vale anotar que quando da divulgação dos princípios estruturados, o grupo de trabalho das Nações Unidas sobre Direitos Humanos e Empresas ainda disponibilizou seus esforços para realizar visitas aos países e colaborar na sua implementação no âmbito nacional, evento que ainda não se deu no Brasil.

Inobstante a indiscutível dedicação, qualidade e relevância do trabalho realizado, desde logo chama a atenção o fato de não ter havido uma preocupação primária por parte do Grupo de Trabalho com a realização de um recorte de gênero que pudesse se dirigir às questões feministas que interseccionam os direitos humanos e que perpassam a realização plena do direito ao desenvolvimento, atendendo aos hodiernos anseios de paridade e equidade.

Neste sentido, anota-se que a palavra “gênero” aparece apenas três vezes em todo o extenso documento, sendo que na primeira oportunidade é empregada genericamente na introdução como um dos vieses a ser respeitado na aplicação principiológica (Título de Princípios Operacionais) e nas duas últimas é empregada para designar tema que merece atenção apenas dentro de regiões afetadas por conflitos (Princípio 7 - fomentar o respeito aos direitos humanos pelas empresas em regiões afetadas por conflitos), em inaceitável delimitação contextual, demonstrando o quanto o recorte de gênero ficou em segundo plano e afastou-se das teorias feministas – vale dizer, assim como os demais recortes de minorias: de raça, pessoas com deficiência, crianças e idosos.

A palavra “mulher”, por sua vez, aparece quatro vezes, todas elas ao lado de outras minorias, de forma genérica, sem qualquer menção a noções de equidades de qualquer aspecto.

Ainda, importante ressaltar que, de fato, muitos tratados e declarações essenciais dos direitos humanos não são mencionados explicitamente nos Princípios Orientadores - a exemplo da “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher” de 1979, objeto de significativa importância para a presente discussão - sendo notório que, conseqüentemente, tais princípios proporcionam lacunas para que as empresas se evadam das responsabilidades que se busca impor.

Buscando solucionar celeumas desta natureza, o guia “Como usar os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas para pesquisa e incidência”, anota importante comentário sobre o conteúdo do Princípio 12, o qual indica claramente a possibilidade de consideração do que chama de “normas adicionais”³¹.

Desta feita, nos casos onde as organizações da sociedade civil logram êxito em demonstrar que as circunstâncias que fazem as leis e normas adicionais sobre os direitos humanos internacionais são efetivamente relevantes, o comentário ao Princípio Orientador

31. HUIJSTEE, Mariëtte van; RICCO, Victor; CERESNA-CHATURVEDI, Laura. **Como usar os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas para pesquisa e incidência**: Um guia para organizações da sociedade civil. Amsterdam – Holanda: SOMO, 2013, p. 12.

12 oferece uma abertura para que as empresas sejam responsabilizadas por respeitar essas leis e normas adicionais dos direitos humanos internacionais, incluindo-se, por exemplo, a própria “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher” de 1979³² e demais tratados que possuem o fulcral recorte de gênero.

Apesar de importantes passos terem sido dados em direção a uma consciência global em relação ao tema, tais como a elaboração da Declaração de Pequim³³ e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), a ONU ainda enfrentava sérios desafios para alcançar resultados efetivos, tais como financiamento inadequado e a falta de uma representação única reconhecida para dirigir as atividades.

Assim, através da Resolução A/64/289 da Assembleia Geral, em 2 de julho de 2010, surgiu a ONU Mulheres como parte da agenda de reformas das Nações Unidas, buscando maior sinergia nas ações das várias entidades do Sistema³⁴. De acordo com o site da organização, ela “foi criada para resolver tais desafios. A agência é uma instância forte e dinâmica voltada para as mulheres e meninas, proporcionando-lhes uma voz poderosa a nível global, regional e local”. A partir de seu surgimento, aconteceu uma fusão de quatro setores da ONU, que se centravam exclusivamente na igualdade de gênero e no empoderamento das mulheres: Divisão para o Avanço das Mulheres (DAW); Instituto Internacional de Pesquisas e Capacitação para o Progresso da Mulher (INSTRAW); Escritório de Assessoria Especial para Questões de Gênero e Promoção da Mulher (OSAGI); e Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM).

Complementarmente aos tratados e convenções, destacam-se ainda os consensos e compromissos firmados, destacando o chamado “Consenso de Quito”, aprovado em 2007, acordo que o Brasil assinou na 10ª Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, ocorrida no Equador. Nesta Conferência regional foi reforçada a ideia de que a paridade de gênero é essencial para o desenvolvimento e a democracia.

Estas posições foram reafirmadas e ampliadas na 11ª Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, realizada em Brasília, de 13 a 16 de julho de 2010³⁵. Abordando nesta oportunidade a temática sob o viés da ocupação dos espaços públicos de poder, o chamado Consenso de Brasília recomendou aos países da região, dentre outras, promover a criação de mecanismos e apoiar os que já existem para assegurar a participação política-partidária das mulheres que, além da paridade nos registros das candidaturas,

32. NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**, 1979. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em 11 de agosto de 2019.

33. NAÇÕES UNIDAS. Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em 1 de agosto de 2019.

34. NAÇÕES UNIDAS. **Resolução A/64/289 da Assembleia Geral**, parágrafos 49-90, em 2 de julho de 2010.

35. NAÇÕES UNIDAS. 11ª Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, realizada em Brasília, de 13 a 16 de julho de 2010.

asseguem a paridade nos resultados, garantam o acesso igualitário ao financiamento de campanhas e à propaganda eleitoral, assim como sua inserção nos espaços de decisão nas estruturas dos partidos políticos. Da mesma forma, definiu-se como agenda prioritária criar mecanismos para sancionar o descumprimento das leis neste sentido.

Neste aspecto, destaca-se ainda que faz parte do mandato da ONU Mulheres apoiar parceiros nacionais na implementação de compromissos globais, incluindo empresas públicas e privadas no atingimento dos seus objetivos em relação a igualdade de gênero, tais como os Sete Princípios de Empoderamento das Mulheres (grupo de diretrizes formulada pela ONU Mulheres e o Pacto Global), quais sejam: 1. Estabelecer liderança corporativa de alto nível para a igualdade de gênero; 2. Tratar todas as mulheres e homens de forma justa no trabalho, respeitando e apoiando os direitos humanos e a não-discriminação; 3. Garantir a saúde, segurança e bem-estar de todas as trabalhadoras e trabalhadores; 4. Promover educação, capacitação e desenvolvimento profissional das mulheres; 5. Apoiar empreendedorismo de mulheres e promover políticas de empoderamento das mulheres através das cadeias de fornecedores e de comunicação e marketing; 6. Promover a igualdade de gênero por meio de iniciativas voltadas às comunidades e do engajamento social; 7. Medir, documentar e publicar os progressos da empresa na promoção da igualdade de gênero³⁶.

Inobstante a larga produção de instrumentos internacionais direcionados para proteção dos direitos da mulher, a ausência de preocupação com um recorte de gênero verificada nos Princípios Guiadores de Empresas e Direitos Humanos está igualmente refletida nos drafts do Tratado Internacional de Direitos Humanos e Empresas.

É nesta seara que se pretende propor a inserção da discussão de gênero nestes mecanismos internacionais: abre-se a possibilidade deontológica de que diferentemente dos Princípios Orientadores, o Tratado Internacional de Direitos Humanos e Empresas oportunize a inserção expressa de dispositivos voltados à equidade de gênero, com base em tratados já formalizados pelos diversos órgãos que compõe o sistema global das Nações Unidas.

Para José Eustáquio Diniz Alves, não houve momento histórico mais propício à conquista da igualdade de gênero quanto o início do século XXI. Ao tratar do atual panorama, aduz que as transformações estruturais, somadas aos esforços empreendidos pelos movimentos feministas ressaltaram a ilegitimidade das assimetrias artificiais entre homens e mulheres e criaram uma base sólida para o que chama de “uma nova arquitetura social, edificada sobre um equilíbrio sustentado na justiça e nos direitos humanos, sem discriminações de sexo, idade, origem social, cor, orientação sexual e distinção de qualquer outra natureza”³⁷.

36. NAÇÕES UNIDAS. Sete Princípios de Empoderamento das Mulheres, 2018. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/referencias/principios-de-empoderamento-das-mulheres/>. Acesso em 11 de agosto de 2019.

37. ALVES, José Eustáquio Diniz. Et al. “Meio século de feminismo e o empoderamento das mulheres no contexto das transformações sociodemográficas do Brasil”. In: BLAY, Eva A.; AVELAR, Lúcia (orgs.). **50 Anos de Feminismo**: Argen-

De fato, entende-se que é chegada a hora de se buscar a garantia dos direitos da mulher face às grandes multinacionais.

5 | CONCLUSÕES PRELIMINARES

Entende-se que, a partir dos tratados internacionais de Direitos Humanos e dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, o necessário recorte de gênero pode ser aplicado ao Tratado Internacional de Direitos Humanos e Empresas, preocupando-se em desenhar mecanismos de incentivo a seu respeito e de repressão ao seu desrespeito pelas empresas transnacionais.

Estudos anteriores já oportunizaram a propositura de medidas e exigências que podem se fazer constar do referido Tratado de Direitos Humanos e Empresas, dentre os quais se destaca o pioneirismo de Carvalho, que assertivamente propõe um rol sugestivo e não taxativo de previsões que defende como essenciais ao futuro instrumento vinculante, com intuito de “fomentar uma dimensão essencial de violações de direitos humanos por empresas e irá ajudar a assegurar que os Estados se esforcem para proteger direitos de mulheres e meninas”³⁸.

Assim, sendo fato indiscutível que o hiato de gênero impacta diretamente na realização não apenas do direito ao emprego, mas também de diversos outros direitos humanos da mulher, que inclusive ultrapassam a figura da própria, há de se aprofundar a investigação não apenas das razões para tais indesejados efeitos, mas também das possíveis soluções que podem ser desenhadas para garantir-lhes tutela efetiva, debatendo e desenvolvendo as soluções até este momento apresentadas, dentre as quais afigura-se o necessário recorte de gênero no Tratado Internacional de Direitos Humanos e Empresas.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Paula Lucía. A feminização da pobreza: conceitualizações atuais e potencialidades analíticas. **Revista Katálysis**, Janeiro de 2011, Vol.14(1).

ALVES, José Eustáquio Diniz. Et al. “Meio século de feminismo e o empoderamento das mulheres no contexto das transformações sociodemográficas do Brasil”. In: BLAY, Eva A.; AVELAR, Lúcia (orgs.). **50 Anos de Feminismo: Argentina, Brasil e Chile: A construção das mulheres como atores políticos e democráticos**. 1ª ed., 1ª. Reimp., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2017.

_____; CAVENAGHI, S. **Família, trabalho e pobreza nas políticas de transferência de renda: O caso do Programa Bolsa Família no Recife**. Anais do VII ENABER, São Paulo, 2009.

tina, Brasil e Chile: A construção das mulheres como atores políticos e democráticos. 1ª ed., 1ª. Reimp., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2017, p. 12.

38. CARVALHO, Maria Fernanda Campos Goretti de. *A necessidade de uma perspectiva de gênero em um tratado em Direitos Humanos e empresas nas Nações Unidas*. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2019.

_____; MARTINE, G. **Gênero e Desenvolvimento**: Desafios para a Integração e Atualização do Cairo. IVº Congresso da ALAP, Havana, 2010.

BANCO MUNDIAL. **Women, Business and the Law 2016**: Getting Equal, 2016: <http://wbl.worldbank.org/~media/WBG/WBL/Documents/Reports/2016/Women-Business-and-the-Law-2016.pdf>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**: uma introdução. São Paulo, Boitempo, 2015.

_____, Flavia. **Gênero e desigualdades**: limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

CARVALHO, Maria Fernanda Campos Goretti de. **A necessidade de uma perspectiva de gênero em um tratado em Direitos Humanos e empresas nas Nações Unidas**. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2019.

CEPAL - Comissão Econômica para América Latina e o Caribe. **Que tipo de Estado? Que tipo de igualdade?**, 2010. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/cepal-promove-igualdade-trabalho-estimular-autonomia-mulheres-regiao>. Acesso em 2 de agosto de 2019.

ENLOE, Cynthia H. **Bananas, beaches and bases**: making feminist sense of international politics. Los Angeles: University of California Press. 2014.

GENDER AND DEVELOPMENT NETWORK (GADN). **Why National Action Plans on Business and Human Rights must integrate and prioritise gender equality and women's human rights**. 2015.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil**. Londrina: Humanidades, 2004.

HUIJSTEE, Mariëtte van; RICCO, Victor; CERESNA-CHATURVEDI, Laura. **Como usar os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas para pesquisa e incidência**: Um guia para organizações da sociedade civil. Amsterdam – Holanda: SOMO, 2013.

KRISTIANSSON, Linnea. **Embedding gender in the business and human rights agenda**. Lund University, 2017.

MARÇAL, Katrine. **O lado invisível da economia**: uma visão feminista. São Paulo: Editora Alaúde, 2017.

MARTIN, Jena. 'The End of the Beginning?': A Comprehensive Look at the U.N.'s Business and Human Rights Agenda from a Bystander Perspective. **Fordham Journal of Corporate and Financial Law**, Vol. 17, 2012 (4).

PAMPLONA, Danielle Anne. Das violações de direitos humanos e do envolvimento das grandes corporações in PIOVESAN, Flavia. **Empresas e direitos humanos**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**, 1979. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em 11 de agosto de 2019.

_____. Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em 1 de agosto de 2019.

_____. **Resolução A/64/289 da Assembleia Geral**, parágrafos 49-90, em 2 de julho de 2010.

_____. 11ª Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe, realizada em Brasília, de 13 a 16 de julho de 2010.

_____. **Guiding Principles on Business and Human rights**: implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, 2010.

_____. **Sete Princípios de Empoderamento das Mulheres**, 2018. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/referencias/principios-de-empoderamento-das-mulheres/>. Acesso em 11 de agosto de 2019.

PATEMAN, Carole. **The sexual contract**. Stanford: Stanford University Press, 1988.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano, 2ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RHODES, Francesca; HARVEY, Rowan; PARVEZ, Anam. **An Economy that Works for Women**: Achieving women’s economic empowerment in an increasingly unequal world. Oxfam briefing paper, março de 2017.

SCOTT, Joan. **Gênero**: uma categoria útil de análise histórica. In: Educação e realidade, v.15, n.2, 1990.

TODARO, Rosalba. Mujeres ejecutivas em Chiles: uma empresa difícil. In: ZABLU-DVOSKY, G. (Coord.). **Mujeres en cargos de direccion en América Latina**: estudios sobre Argentina, Chile México Y Venezuela. México: UNAM, Miguel Ángel Porrúa Editor, 2002.

UNITED NATIONS WOMEN. **Progress of the World’s Women**: Transforming Economies, realizing rights, 2015.

A CRISE DOS REFUGIADOS NO CONTINENTE EUROPEU

Data de aceite: 01/10/2020

Alisson Maffei

Universidade Cruz Alta

Daniela Ignácio

Universidade Cruz Alta

Leonardo Hesper Robinson

Universidade Cruz Alta

Pedro Trindade Petersen

Universidade Cruz Alta

RESUMO: O presente trabalho objetiva ressaltar a atual crise dos refugiados existente na Europa, haja vista a alta circulação destes aos países Europeus; e abordar de forma histórica, como se deu o início das imigrações, tanto de forma lícita como ilícita, buscando-se, de mesmo modo, trazer no presente trabalho os fundamentos dos tratados internacionais criados com base em discussões nos aspectos de direitos humanos e de direitos fundamentais. Metodologicamente, foram utilizadas bibliografias, vídeos, artigos, para que se pudesse contextualizar este trabalho. Ainda que a Europa tenha condições de resguardar os direitos humanos e fundamentais dos refugiados que buscam melhores condições de vida no continente europeu, os países europeus têm suas culturas muito fixadas, e mesmo que haja luta contra a não discriminação dos demais povos, existem algumas dificuldades para os refugiados, como língua, valor de sobrevivência, dentre outras. Nota-se que, independente

do passar dos anos, os países em que mais ocorrem as migrações, são países que sofrem crises ideológicas, éticas, étnicas ou até mesmo financeiras, tendo que seus povos procurar uma melhor forma de vida e uma estadia mais segura, conforme a crise existente na República Árabe da Síria, em que milhares de cidadãos sírios procuram abrigo na Europa. Ademais, visa-se demonstrar que a crise dos refugiados não ocorre apenas no continente europeu, mas sim em todos os outros continentes, todavia, grande parte dos refugiados busca refúgio na Europa, por acreditarem que assim conseguirão viver em melhores condições do que viviam em seus respectivos países.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados, Crise, Europa, Imigração.

ABSTRACT: The present work aims to highlight the current refugee crisis in Europe, given the high circulation of these to European countries, as well as to seek, in a historical way, how immigration began, both legally and illegally, in the same way, to bring in the present work the foundations of the world treaties created on the basis of discussions on human rights and fundamental rights aspects. Methodologically, bibliographies, videos and articles were used, so that this work could be contextualized. Even if Europe is able to safeguard the human and fundamental rights of refugees who seek better living conditions on the European continent, European countries have their cultures very fixed, and even if there is a fight against nondiscrimination of other peoples, there are some difficulties for refugees, such as language, survival value, among others. It is

noteworthy that, over the years, the countries where migrations occur most are countries that suffer from ideological, ethical, ethnic or even financial crises, and that their peoples seek a better way of life and a safer time, according to the crisis in the Syrian Arab Republic, where thousands of Syrian citizens are seeking shelter in Europe. In addition, it aims to demonstrate that the refugee crisis does not only occur on the European continent, but on all other continents, however, most refugees seek refuge in Europe because they believe that they will be able to live with better living conditions than lived in their respective countries.

KEYWORDS: Refugees, Crisis, Europe, Immigration.

1 | INTRODUÇÃO

A crise de refugiados existente no Continente Europeu perdura há várias décadas, onde pessoas que se sentem em estado de ameaça, desejando escapar de perseguições ou ofensas que coloquem em risco sua saúde no país em que residem, bem como em visando melhorar a condição de vida que mantêm em seu país natal, buscam, de variados meios, ingressar em países que consideram com melhores condições de vida e de trabalho, sendo, na grande maioria dos casos, a Europa como destino final destes.

Percebe-se que, ante o grande número de refugiados buscando abrigo na Europa, alguns países desta se encontram impossibilitados de receberem um maior número de refugiados em seus países, haja vista a superlotação que se prosperou durante os anos, fazendo que, com isso, a Organização das Nações Unidas e a União Europeia criassem tratados internacionais buscando a melhor forma de abrigo aos imigrantes.

Visando soluções à crise, a União Europeia tenta aplicar métodos, que serão abordados subseqüentemente, que busquem não apenas garantir a entrada dos refugiados nos países europeus, mas sim uma forma que garanta que tal entrada seja de acordo com o previsto pela Organização das Nações Unidas, quanto à asseguaração dos direitos humanos.

Desta forma, o presente estudo visa delinear a crise de refugiados na Europa durante os anos, bem como apontar quais são os tratados internacionais existente que busquem soluções a tais crises e quais medidas já foram tomadas visando garantir entrada de imigrantes em um ambiente em que seus direitos humanos sejam assegurados.

1.1 Crise dos refugiados na europa

As migrações de povos para diferentes regiões do globo foram a base para a formação da atual população mundial, considerando que, ao longo da história, regiões se configuraram como zonas emissoras ou receptoras de grupos, como no caso da Europa, que recebeu diferentes grupos, ora de forma pacífica, ora por meio de invasões e guerras, com povos vindos de outros continentes ou de próprias regiões da Europa, dominando outras partes do continente europeu, ocorrendo, desse modo, com os chamados “vikings”, os romanos, os muçulmanos, dentre outros povos imigrantes. Por outro lado, os europeus também se espalharam pelo mundo, como por exemplo, durante o período de realização

das Cruzadas, quando invadiram o Oriente Médio e o norte da África; na época em que se vivia o colonialismo, os europeus passaram a migrar à América, à Costa Africana e à Índia; ainda, durante o Imperialismo ou neocolonialismo, os imigrantes supracitados dominaram o restante da Ásia, Oceania e adentraram o território central da África (OLIVEIRA, PEIXOTO e GÓIS, 2017. p. 02-10).

A divisão dos continentes africano e asiático entre países europeus no período do Imperialismo foi a principal causa da Primeira Guerra Mundial, as recém-unificadas Itália e Alemanha iniciaram a guerra com França e Inglaterra para participarem da divisão e também possuírem novos territórios para colonização. A interferência dos países europeus levou a fragmentação das nações africanas e a conflitos entre povos de etnias diferentes que marcam os países até hoje com guerras civis; assim também, como o genocídio de diferentes povos, como os horrores cometidos durante o governo belga no Congo, não tão distante dos genocídios cometidos na América durante o colonialismo (ANDRADE e RAMINA, 2018, p. 29-30).

Foi exatamente na Itália e na Alemanha, as quais perderam a Primeira Guerra Mundial, que se deu o surgimento de governos extremamente nacionalistas. O fascismo italiano, com a liderança de Benito Mussolini e o nazismo alemão, tendo o país governado por Adolf Hitler. No mesmo período, Salazar assumiu o governo de Portugal e Franco o da Espanha. Os governos totalitários, de extrema direita, também foram marcados por ideologias de superioridade do povo europeu. O caso mais extremo foi o nazismo, que além de defender a superioridade da raça ariana, determinou o extermínio em massa de outros grupos, principalmente os judeus, vistos como a grande praga que se abateu sobre a Europa. Fugindo das perseguições religiosas, políticas e étnicas milhares de pessoas abandonaram seus países, por exemplo, no período a França recebeu 40 mil italianos, 220 mil alemães e 160 mil espanhóis que buscavam asilo político em um lugar que não seriam, teoricamente, perseguidos. (ANDRADE e RAMINA, 2018, p. 29-30).

As imigrações para a Europa continuaram frequentes ao longo dos anos, mas a partir do início do século XXI se tornaram um problema para a União Europeia. Os ataques terroristas ocorridos em data de 11 de setembro de 2001 às torres gêmeas, em Nova York, alteraram profundamente a relação de vários países com os imigrantes, o medo pela segurança fez ressurgir em muitas nações europeias movimentos de extrema direita, que acreditam novamente na sua superioridade e que os países devem se fechar e não receber mais imigrantes (DALMÁZ et. al., 2016).

Ainda, segundo Dalmáz (et. al. 2016):

Nos dois últimos anos, vem sendo cada vez maior o contingente de imigrantes da África e da Ásia para a Europa. Por razões conjunturais, como a instabilidade econômica e política, e estruturais, como infraestrutura precária e conflitos religiosos acirrados, parcelas das sociedades dos continentes banhados pelo mar Mediterrâneo enxergam na Europa a possibilidade de uma vida com liberdade de expressão e acesso ao mercado de trabalho.

Os tratados internacionais defendidos pela União Europeia preveem o respeito aos preceitos de respeito a circulação de pessoas e aos direitos humanos defendidos pela Organização das Nações Unidas, mas não é essa atitude que se observa na população. A imigração tem sido vista como um fator de insegurança, principalmente nos últimos anos, como um número recorrente de atentados terroristas na Europa.

No ano de 1951 foi elaborado o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), para evitar tensão entre os Estados, o que fez a Organização das Nações Unidas dar um caráter social e humanitário relativo ao tema:

A Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados foi formalmente adotada em 28 de julho de 1951 para resolver os problemas dos refugiados na Europa após a Segunda Guerra Mundial. Esse tratado global proporciona quem vem a ser um refugiado – uma pessoa com um fundado temor de perseguição por motivos de raça, nacionalidade, religião, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política – e esclarece os direitos e deveres entre os países de acolhida e os refugiados. O fundamento legal que está nos pilares do trabalho do ACNUR permitiu que, nos últimos 60 anos, a agência ajudasse milhões de pessoas deslocadas a recomeçar suas vidas.

O Estatuto desde então é o principal instrumento usado para tratar casos em que pessoas estão fora de seus países por receio de perseguição, seja devido a conflitos armados, questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social ou opinião política, também é imprescindível para tratar fatos em que ocorrem grave generalização de violação de direitos humanos, o Artigo 1º uma conceituação do termo refugiado:

Art. 1º - Definição do termo "refugiado" A. Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa: 1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados; As decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados durante o período do seu mandato, não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preencham as condições previstas no parágrafo 2 da presente seção; 2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e 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.

Contudo, mesmo com o aparato jurídico redigido na década de 50 pela ONU, é nítido que alguns países se negam a contribuir para uma total eficácia do Estatuto, ferindo ainda mais os direitos de pessoas que buscam um recomeço. Os refugiados passam a

enfrentar dificuldades relativa à cultura, costumes, ou na maioria das vezes sofrem com a xenofobia, racismo e uma expressa desconfiguração de seu lado humano:

Abusos e superlotação: Em centros de detenção na Malásia, refugiados da etnia rohingya, de Mianmar, e outros requerentes de asilo suportam superlotação, risco de doença, abuso sexual e físico e até a morte pela falta de cuidados médicos. Na Líbia, refugiados sofrem abusos generalizados em centros de detenção, onde são detidos ilegalmente, sem acesso a advogados. Violação dos direitos humanos. Em Darfur, no Sudão, ocorrem violações de direitos humanos pelas forças de segurança usadas pelo país para controlar a imigração.

O destaque em relação ao despreparo com o lado humano se dá por consequência da perda de inúmeros direitos dos refugiados quando estes migram para países considerados pobres, sem a estrutura necessária para o seu atendimento adequado. O jornal O Globo traz uma comparação entre o Reino Unido e a Jordânia, sendo que aquele recebeu apenas 8 mil cidadãos sírios desde o ano de 2011, enquanto esta acolheu 665 mil refugiados da Síria no mesmo período, ressaltando-se que a Jordânia possui uma população aproximadamente 10 vezes menor, bem como com 1,2% do PIB britânico (GLOBO, 2017).

De acordo com relatório da ONU em Genebra 2015, o número de pessoas refugiadas é o maior de todos os tempos em comparação até mesmo com as épocas das guerras mundiais. Segundo a jornalista Joana Gorjão Henriques (2016), nas palavras do indiano Salil Shetty, Secretário-geral da Anistia Internacional, os países ricos do globo podem fazer muito mais acerca do tema, o que lhe causa uma revolta com a indiferença que alguns Estados empregam em relação aos refugiados.

Acerca do tema, Salil Shetty afirmou: (*apud* HENRIQUES, 2016):

É chegada a hora dos líderes mundiais entrarem num debate sério e construtivo sobre como é que as nossas sociedades vão ajudar as pessoas que se viram obrigadas a abandonar as suas casas devido à guerra e à perseguição de que são alvo. (...) Têm de explicar porque é que o mundo consegue resgatar bancos, desenvolver novas tecnologias e combater guerras, mas não é capaz de encontrar casas seguras para 21 milhões de refugiados – que são só 0,3% da população mundial", sublinha ainda. Com o objetivo de mostrar que os países ricos podem fazer muito mais, e lançando o apelo a uma mobilização que passará por soluções como assumir o compromisso de encontrar uma casa para 10% da população de refugiados todos os anos, o relatório deixa às claras, com dados, as discrepâncias.

Ainda, no que diz respeito aos tratados Europeus existentes, é de se ressaltar o Tratado de Lisboa, o qual entrou em vigor em dezembro de 2009, com o objetivo de tornar a União Europeia mais democrática e eficaz nas busca de soluções aos problemas mundiais, como as alterações climáticas, bem como é de se destacar o Tratado da União Europeia-Tratado de Maastricht, com vigor a partir de novembro de 1993, este com a finalidade de preparar a União Monetária Europeia e introduzir elementos para uma União Política em

matéria de relações externas e assuntos internos (FERREIRA, 2016).

Ademais, não menos importante, enfatiza-se o Acordo de Schengen, que admite a livre circulação de pessoas entre os países europeus, não necessitando o imigrante ao chegar a determinado país apresentar documentação para viajar entre os demais países signatários (FERREIRA, 2016).

Destarte, resta verificado que, nos dias atuais, o perfil das pessoas que buscam na imigração uma solução para melhorar a qualidade de vida que possuem é o perfil chamado de refugiados, não se falando mais em imigrantes, haja vista que os conflitos existentes atualmente em diversos países, como nos situados no norte do continente africano, bem como no Oriente Médio, fazem com que tais pessoas não encontrem outra solução que não a de fugir de seus respectivos países e solicitar asilo junto à União Europeia.

Embora a União Europeia possua mecanismos que preveem uma atitude de respeito às diferentes culturas e a não-discriminação, a realidade social se apresenta de outra forma, pois a sociedade civil vê na imigração um risco à identidade cultural europeia e o que se observa hoje nos países europeus é uma crescente de ódio, com a ascensão de partidos que pregam abertamente o preconceito contra determinados grupos, principalmente os muçulmanos.

A escritora senegalesa Fatou Diome (2016) em entrevista a um canal de TV France 2, com um apresentador que defende o fechamento das fronteiras, falou sobre o problema da imigração, do racismo e do preconceito religiosa na Europa e apresenta uma visão crítica do panorama atual:

Em um país como a França, por exemplo, nós sabemos que 40% da natalidade é garantida pela população estrangeira, isso é uma realidade também. Então, atualmente estamos em uma situação na qual é justamente se diz que reforça o extremismo. Quando se diz que a imigração causa problemas, também se deve falar das vantagens da imigração. Porque quando eu trabalho na França, eu pago meus impostos. Então, dos estrangeiros que estão aqui, há uma parte que pode trabalhar para ajudar a enviar dinheiro para o seu país. A maioria paga seus impostos, se instala nos países de vocês e enriquecem os países de vocês. Portanto, eles são cidadãos produtivos. Além disso, é preciso ver, há uma minoria que vem, há mortos, de fato. Mas eu queria destacar uma coisa: o discurso que você tem só continuará legitimado enquanto a África permanecer muda. Eu, hoje quero expressar minha indignação, pelo silêncio da União Africana. Essa gente que morre nas praias, e estou medindo minhas palavras, se fossem brancos o mundo todo estaria tremendo. São os negros e os árabes. Então, quando eles morrem, eles custam menos. Eu vim aqui em 2008 e disse que a União Europeia, com sua frota de guerra, com sua economia, se as pessoas quisessem atacar o Ocidente, a União Europeia teria meios para se defender. Logo, se alguém quisesse salvar as pessoas no Atlântico, no Mediterrâneo, alguém o faria. Porque o dinheiro gasto no Frontex, poderia ter sido usado para salvar pessoas. Mas eles esperam as pessoas morrerem antes, quase como se o “deixar morrer” fosse uma ferramenta de dissuasão. Eu lhes digo uma coisa: isso não dissuade ninguém. Porque para alguém que parte e considera a possibilidade de um fracasso, ela pode

considerar esse perigo absurdo, e então, evitá-lo. Mas aquele que parte para sobreviver, que considera que a vida que está deixando não vale nada, a força dessa pessoa é inimaginável, porque ele não tem medo da morte.

A autora foi interrompida pelo apresentador, que afirmou, que é exatamente por isso que as fronteiras devem ser fechadas, sua resposta foi a seguinte:

Senhor, você não ficará sozinho como um peixinho dourado dentro da fortaleza europeia. A crise atual nos deixou isso claro. Hoje, a Europa não será poupada enquanto haja conflito no resto do mundo. A Europa nunca mais será opulenta enquanto ainda haja carências em outras partes do mundo. Nós vivemos em uma sociedade globalizada, onde um indiano ganha sua vida em Dakar, um cidadão de Dakar ganha sua vida em Nova Iorque, uma pessoa do Gabão ganha sua vida em Paris. Você gostando ou não, isso é irreversível. Portanto, vamos achar uma solução coletiva, ou então mude-se da Europa, porque eu tenha a intenção de permanecer aqui. Quando alguém parte é alguém escolhido, geralmente é alguém com recursos. E há todo um clã, uma família, que deposita suas esperanças nessa pessoa (...). Eu posso ser convidada para a Holanda para participar de conferências em suas universidades quando eles consideram o meu cérebro adequado. Por outro lado, eles ficam revoltosos com a ideia de ter meu irmão, que não tem diplomas como eu, e que pode trabalhar na construção civil. Portanto, seus países estão ficando esquizofrênicos. Vocês não podem separar as pessoas desse jeito, em "estrangeiros úteis" e "maus estrangeiros". A segunda coisa que quero dizer é que os Europeus veem os africanos que chegam, esse sentido de movimento de imigração é visível, mas ninguém enxerga o movimento dos europeus em direção aos outros países. Esse é o movimento dos poderosos, daqueles que têm dinheiro, daqueles que tem o "passaporte correto". A mesma coisa com o exotismo, a Europa se garantiu do princípio unilateral do exotismo. Os outros são os exóticos. Agora, com as viagens internacionais do mundo globalizado, quando os pobres vêm até vocês, vocês imaginam um movimento de massa que precisa ser interrompido. Mas quando vocês desembarcam nos países do Terceiro Mundo e sentem em território conquistado.

Abordando o tema de forma mais incisiva, acerca dos meios utilizados pelas pessoas que buscam uma melhor qualidade de vida, consoante os variados casos supracitados, é de se ressaltar a travessia pelo Mar Mediterrâneo com destino à Europa, a qual é considerada pela Organização das Nações Unidas, uma das jornadas mais perigosas para imigrantes, haja vista que, foram confirmadas 33.761 mortes e desaparecimentos entre o período de 2000 a 2017. Dados estes apurados em relatório das Nações Unidas divulgado ao término do ano de 2017 (ONU, 2018).

Segundo tal relatório (ONU, 2018):

[...]o maior número de mortes foi registrado em 2016 (5.096), quando a rota menor e relativamente menos perigosa da Turquia para a Grécia foi fechada, após um acordo entre União Europeia e o país euro-asiático. "Fechar rotas menores e menos perigosas pode abrir rotas maiores e mais perigosas e, portanto, aumentar a probabilidade de mortes no mar", disse o professor Philippe Fargues, do Instituto Universitário Europeu. O documento analisa dados disponíveis sobre travessias irregulares pelo Mediterrâneo e de várias

rotas criadas desde os anos 1970, assim como a magnitude dos fluxos, a evolução das rotas no mar para o Sul da Europa, as características dos migrantes, a extensão do que pode ser classificado como movimento forçado ou econômico e a mortalidade durante a travessia. Mais de 2,5 milhões de migrantes atravessaram o Mediterrâneo de maneira não autorizada desde 1970[...] o documento também enfatizou as diferenças entre o padrão moderno de migração da África para a Itália, principalmente via Líbia, e aquele com origem no Oriente Médio tendo como destino a Grécia, via Turquia. As chegadas à Itália partindo da África do Norte se originam principalmente na África subsaariana como resposta a profundas pressões migratórias — crescimento populacional somado a limitadas oportunidades de subsistência, desemprego alto e instabilidade política e econômica. As migrações para a Grécia saindo da Turquia a partir de 2009 foram feitas principalmente por pessoas com origem em Estados afetados por conflitos e instabilidade política, como Iraque, Afeganistão e Síria.

Além de demonstrar resultados alarmantes, os responsáveis pela elaboração da pesquisa destacaram que devido as limitações dos dados disponíveis sobre migrações irregulares, os números de mortes no Mediterrâneo podem estar subestimados, uma vez que são baseados no volume de corpos encontrados e nos depoimentos de sobreviventes (ONU, 2018).

É de se ressaltar que, apesar da realidade presenciada, existem previsões legais que garantem à qualquer pessoa que se sentir em estado de ameaça, desejando escapar de perseguições ou ofensas que coloquem em risco sua saúde no país em que reside, poderá requisitar asilo em outro país, mediante o Sistema Europeu Comum de Asilo – “SECA”, tendo início a aplicabilidade deste quando o refugiado, ao chegar a um novo país, tem suas impressões digitais recolhidas e transmitidas à base de dados da Eurodac e, posteriormente, este é encaminhado à um alojamento de acolhimento. Após, o refugiado é chamado à uma entrevista a ser realizada por um profissional ligado à União Europeia, a fim de averiguar a real situação da pessoa refugiada, bem como apurar se a mesma poderá ser beneficiada pelo Estatuto do Refugiado, o qual, quando aceito, dá ao refugiado direito a adquirir residência, a exercer atividade laborativa, bem como ter direito a saúde no país em que se encontra abrigado (COMISSÃO EUROPEIA, 2014, p. 03).

Nesse sentido, acerca das atribuições do Sistema Europeu Comum – SECA, Cecília Malmström, a qual é Comissária Europeia do Comércio, aborda (COMISSÃO EUROPEIA, 2014, p. 03):

O Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA) foi, desde o início do meu mandato, a minha principal prioridade, tendo participado nas suas negociações desde o primeiro dia. A concretização do SECA é um marco histórico, um objetivo que os EstadosMembros da União Europeia e o Parlamento Europeu vêm prosseguindo desde 1999. O SECA facilitará o acesso ao procedimento de asilo para as pessoas que procuram proteção; conduzirá a decisões mais justas, céleres e de melhor qualidade em matéria de asilo; garantirá que as pessoas suscetíveis de serem alvo de perseguição não serão de novo expostas a esse perigo; proporcionando condições dignas tanto para os que

solicitam asilo como para aqueles a quem é concedida proteção internacional na União Europeia. Percorremos um longo caminho para chegar a este ponto. Todavia, o nosso trabalho não termina aqui. Temos ainda de envidar esforços significativos para pôr em prática a legislação e garantir que o sistema comum funciona bem e uniformemente. Só então dispostemos de um espaço de proteção e de solidariedade digno do seu nome — uma realização de que nos podemos orgulhar.

Um dos países mais afetados pela migração de seus cidadãos a outros países, especialmente europeus, é a República Árabe da Síria, localizada no Oriente Médio, sendo considerada pela Organização das Nações Unidas, como a maior crise de refugiados existente desde o período da Segunda Guerra Mundial. Tal crise de refugiados iniciou-se, principalmente, devido à guerra civil existente na Síria desde o ano de 2011, quando grupos se rebelaram contra o governo oficial da Síria, se denominando como Exército Livre da Síria, contudo, após o início de tais manifestos contra o atual governo da Síria, criaram-se novos grupos radicais, que buscam a conquista de território entre o governo oficial, bem como entre os demais grupos criados. (OLIVEIRA, PEIXOTO e GÓIS, 2017. p. 83-84)

Acerca do número de refugiados existente nos dias atuais, dispõem Catarina Reis Oliveira, João Peixoto e Pedro Góis (2017, p. 83):

O desencadear dos movimentos mais recentes de refugiados, em particular os que resultam do agravamento dos conflitos nos países do Médio Oriente e Norte da África, com relevo para a guerra na Síria, aumentou substancialmente estas cifras. Apenas na União Europeia (UE), um pouco mais de um milhão de indivíduos, incluindo requerentes de asilo, chegaram por terra e mar em 2015. Em 2016 estimam-se cerca de 388 mil indivíduos, a quase totalidade por mar (OIM, 2016). Entre as causas destes movimentos recentes para a Europa, estão os conflitos nos países vizinhos, mas não se esgotam neles. Segundo a OIM (2015), entre os 1.046.599 indivíduos entrados em 2015, metade (50,2%) provinha da Síria, seguidos por aqueles oriundos do Afeganistão (20,2%) e do Iraque (7,1%). Países como a Eritreia, Paquistão, Nigéria, Irão e Somália representavam, cada um, entre 4,2% e 1,6% dos fluxos. Apesar do aumento recente, os números continuam a confirmar a concentração dos refugiados em países menos desenvolvidos (OIM, 2015, 2016). O número de refugiados residentes no exterior da Europa, perto dos locais de conflito, continua a ser claramente superior ao daqueles que entram no continente. Em 2015 estimava-se que cerca de 90% dos quatro milhões de sírios deslocados do seu país estavam na Turquia, Jordânia e Líbano. Apenas na Turquia existiam nessa altura dois milhões de refugiados oriundos da Síria e no Líbano quase 25% da população total era composta por refugiados sírios.

Assim, diante da guerra civil supramencionada, o número de refugiados aumentou enormemente, tanto por parte dos cidadãos Sírios, quanto pelos povos residentes nos países vizinhos à Síria, os quais também se encontram em área de conflito, como o Líbano, a Turquia, a Jordânia e o Iraque, os quais buscam, no continente europeu, uma forma de melhorar a condição de vida em que viviam em seus respectivos países (OLIVEIRA, PEIXOTO e GÓIS, 2017. p. 83-84).

Consoante o disposto por Maíra Batista de Lara (2016, p. 10-11), visando uma possível solução à crise de refugiados na Europa, a União Europeia propôs, em setembro de 2015, a possibilidade de serem criadas cotas para os países de acolhimento de refugiados, a fim de que haja um repartimento do acolhimento aos migrantes que chegarem, principalmente, às costas da Itália e da Grécia, a fim de que os países que prestam solidariedade aos refugiados não fiquem sobrecarregados, isolados para lidar com as questões migratórias e o número espantoso de refugiados ainda existente. Contudo, diversos países europeus não aceitaram tal proposta da União Europeia, destacando-se o governo húngaro, o qual rejeitou receber cotas de refugiados a partir da divisão sugerida pela União Europeia e, ainda, no ano de 2015, ergueu cercas na fronteira do país com a Croácia, para que fosse fechado o caminho de cruzamento de refugiados para o país húngaro.

Ainda, no entendimento de Maíra Batista de Lara (2016, p.11):

Paralelamente, a Comissão Europeia busca desenvolver um mecanismo que estabeleça quotas permanentes de refugiados por país-membro da União Europeia, entretanto alguns países se posicionaram contra essa política. A alegação destes é de que por razões econômicas não teriam condições de alocar os refugiados. Este impasse tende a se agravar em razão dos recentíssimos ataques terroristas ocorridos na França no dia 13 de novembro (o presidente francês, François Hollande, declarou estado de emergência e anunciou o fechamento das fronteiras). Desta forma é possível compreender que o ambiente da União Europeia enfrenta diversas dificuldades no tocante à política comum sobre asilo. Além do aspecto econômico, muitos países da União argumentam não ter capacidade de integrar e garantir os direitos mínimos aos refugiados, deve-se ater, também, para a questão cultural e da segurança. Diante deste cenário dificultoso é preciso compreender e resgatar a razão da solicitação de refúgio, o direito ao refúgio se funda nos direitos humanos.

Outro caminho apontado como possível solução à crise de refugiados no continente europeu se mostra na criação de Centros de acolhimento na África e na própria Ásia, o que, em tese, “desafogaria” a Europa para lidar com a superlotação presente nos asilos existentes nos países que fornecem acolhimento aos refugiados, bem como para evitar futuras tragédias envolvendo travessia por meio do Mar Mediterrâneo.

2 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imigração é um aspecto importante no desenvolvimento histórico da humanidade, através do qual foi possível a expansão dos territórios, a formação de países e continentes, surgimento de culturas e expressões magníficas de diversidade. Movimento visto, em algumas oportunidades, com caráter de conquista, exaltado na forma das Cruzadas europeias, contudo, visto também, de forma equivocada e desumana, como mera invasão, em que os imigrantes impõem sua não desejada presença, principalmente em território europeu.

Contudo, o que de fato se observa nos dias atuais são imigrantes que partem de seus lares, com a exclusiva intenção de sobreviver, haja vista as guerras civis que assolam seus países, vislumbram um local seguro para recomeçar.

Os Tratados Internacionais vigorantes, visam a proteção dos direitos dos refugiados, pregam a não discriminação, o abrigo aos refugiados, direitos assegurados e oportunidades de recomeço, entretanto, na prática, o que se vê é uma crescente propagação de ódio e preconceito, estados que se julgam superiores, fazendo lembrar a época terrível do totalitarismo pregado por Hitler e Mussolini, países buscam fechar suas fronteiras, alegando não terem capacidade econômica e estrutural para receberem os refugiados, mesmo que na maioria das vezes, se tratem dos países mais desenvolvidos economicamente de todo o globo.

As formas utilizadas pelos refugiados para ingressar na Europa, principalmente por meio da travessia do Mediterrâneo, jornada esta tida como atroz e muitas vezes fatal, deixa evidente que tais pessoas vivem em estado de total desespero e resignação, sendo a fuga, não uma questão de escolha, mas sim a única esperança de um recomeço.

Apesar da imigração atual ser problema mundial, principalmente para a União Europeia, é chegado o momento de buscar e aplicar soluções, haja vista o poderio financeiro dos países pertencentes ao bloco, bem como ser inaceitável o retrocesso quanto ao tratamento prestado aos refugiados, considerando que refúgio é um instituto que visa garantir a entrada de imigrantes em um ambiente em que seus direitos humanos sejam assegurados, não desrespeitados e suprimidos.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf> Acesso em 23 mar. 2018.

ANDRADE, Varelia Pereira de; RAMINA, Larissa. **Refúgio e Dignidade da pessoa humana: Breves Considerações**. In: ANNONI, Danielle (Coord). *Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil*. Curitiba: Gedai/UFPR, 2018. Disponível em: <<http://www.dedihc.pr.gov.br/arquivos/File/2018/livroDireitoInternacionadosRefugiadosoBrasil.pdf>> Acesso em: 23 mar. 2018.

_____. **Convenção de 1951**. Artigo científico. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/>> Acesso em 23 mar. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. **Completing the reform of the Common European, Asylum System**. Bruxelas, 2016. Disponível em: <http://ec.europa.eu/news/2016/07/20160713_en.htm>. Acesso em: 24 mar. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. **Sistema Europeu Comum de Asilo**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014. Disponível em: <https://ec.europa.eu/homeaffairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas_factsheet_pt.pdf> Acesso em: 20 mar. 2018

COSTA, Carlos Nogueira. **Crise Migratória na Europa em 2015 e os Limites da Integração Europeia**: uma abordagem multicausal, Conjuntura Global, vol. 5, 2016.

DALMÁZ, Mateus *et al.* **A política de imigração da união europeia e as questões relativas aos direitos humanos e ao multiculturalismo no velho continente**. Artigo científico, 2016. Lajeado-RS: Revista Signos.

DIOME, Fatou. **Fatou Diome: depoimento** [2016]. Entrevista concedida ao canal de televisão TV France 2. Acesso em 20 mar. 2018.

FERREIRA, Ramiro Gomes. **O que é o Tratado de Schengen**. Artigo científico, 2016. Disponível em: <<https://clubedovalor.com.br/tratado-de-schengen/>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

HENRIQUES, Joana Gorjão. **Países que acolhem mais refugiados são os mais pobres**. Artigo científico, 2016. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2016/10/04/sociedade/noticia/paises-que-acolhem-mais-refugiados-sao-os-mais-pobres-1746122>> Acesso em: 18 mar. 2018.

LARA, Maíra Batista de. **A Atual Crise dos Refugiados na Europa**: O Déficit Normativo à Luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Artigo científico, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpdue/article/viewFile/68237/65863>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

MOULIN, Carolina. **Os direitos humanos dos humanos sem direitos**. Refugiados e a política do protesto, vol. 26. Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Sociais, 2011.

O GLOBO. **União Europeia rejeita recurso contra cotas de acolhimento a refugiados**. Artigo científico, 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/uniao-europeia-rejeita-recursocontra-cotas-de-acolhimento-refugiados-21791705>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

OLIVEIRA, Catarina Reis; PEIXOTO, João; GÓIS, Pedro. **A nova crise dos refugiados na Europa: o modelo de repulsão-atração revisitado e os desafios para as políticas migratórias**, v. 34. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v34n1/01023098-rbepop-34-01-00073.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Travessia do Mediterrâneo é a mais mortal para migrantes, diz relatório da ONU, 2018**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/travessia-do-mediterraneo-e-a-mais-mortal-para-migrantes-dizrelatorio-da-onu/>. Acesso em: 17 mar. 2018.

PETER, Laurence. **Em cinco pontos: Qual a solução para a crise de refugiados na Europa?** Artigo científico, 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150904_solucoes_crise_imigrantes_rm>. Acesso em: 03 mar. 2018.

CAPÍTULO 7

EFEITOS PRÁTICOS DA RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 182 DA OIT NO BRASIL E EM PORTUGAL

Data de aceite: 01/10/2020

Data de submissão: 07/07/2020

Felipe Pepe Machado

Universidade Portucalense (2018)

Rio de Janeiro, Brasil,

<http://lattes.cnpq.br/8222475455627823>

RESUMO: O presente estudo visa a traçar uma breve exposição dos efeitos práticos da ratificação da convenção nº 182 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) que versa sobre erradicação do trabalho infantil. Dentre os países signatários da convenção, pretendemos estudar as consequências internas nos dois países analisados – Brasil e Portugal - apontando suas conquistas, suas deficiências e metas para cumprimento do pactuado. Tratando-se de importante instrumento para garantia dos direitos sociais das crianças, a convenção proposta por organismo internacional se reveste de diretriz fundamental para a consecução de um dos grandes objetivos da humanidade: cuidar do futuro da sociedade. Apesar de parecer deveras óbvio que as crianças devem ter seus direitos sociais resguardados, ainda é absolutamente necessário tutelar o interesse das pessoas menores de 18 anos, com o objetivo de evoluir para uma sociedade mais justa e fraterna.

PALAVRAS-CHAVE: Erradicação do trabalho infantil, Convenção Internacional, Organização Internacional do Trabalho, Direitos Fundamentais, Proteção da Criança.

PRACTICAL EFFECTS OF THE RATIFICATION OF ILO CONVENTION Nº 182 IN BRAZIL AND PORTUGAL

ABSTRACT: The present study aims to give a brief account of the practical effects of the ratification of ILO (International Labor Organization) Convention nº 182 concerning the elimination of child labor. Among the signatory countries of the convention, we intend to study the internal consequences in the two countries analyzed - Brazil and Portugal - pointing out their achievements, their deficiencies and goals to fulfill the agreement. As an important instrument for guaranteeing the social rights of children, the convention proposed by the international body is a fundamental guideline for the achievement of one of the great objectives of humankind: to take care of the future of society. Although it seems quite obvious that children should have their social rights protected, it is still absolutely necessary to protect the interest of people under 18 years, with the goal of evolving into a more just and fraternal society.

KEYWORDS: Eradication of child labor, International Convention, International Labor Organization, Fundamental rights, Child Protection.

1 | INTRODUÇÃO

Ao longo dos tempos, traçando um corte temporal desde a declaração dos direitos do homem até os dias atuais, as conquistas no campo dos direitos sociais caminharam notoriamente em descompasso com a economia e/ou política que estava instaurada em determinado período de tempo.

O enlace entre os direitos humanos de uma forma geral e as políticas públicas de desenvolvimento social, se depararam com o indissociável poderio econômico e as disputas de poder das classes dominantes, os quais refrearam sem sombra de dúvidas o avanço exponencial que tais direitos poderiam ter alcançado, determinando o atual estágio social de busca pelo tempo perdido.

Certamente o leitor contumaz dos trabalhos envolvendo organismos internacionais ligados à manutenção e ampliação dos direitos sociais, concordará que em todos os campos humanísticos existem diretrizes capazes de nos levar à construção e solidificação de uma sociedade utopicamente justa e fraterna. Logicamente, nossa geração não poderá ter tal pretensão sob risco de cair em desgraça ou ser ridicularizada nas suas ideias pseudo vanguardistas. Entretanto, se trabalharmos juntos em prol de um mesmo ideal de igualdade, deixaremos as sementes fortes o suficiente para germinarem sistemas de controle eficientes que impedirão o retorno à barbárie atualmente instaurada.

Com tais premissas definidas – ideais de justiça, igualdade e fraternidade – o presente estudo visa a propor uma análise qualitativa e quantitativa dos sistemas empregados para colocar em prática tão nobres ideais de proteção ao bem mais precioso que temos: nosso futuro / nossas crianças.

O foco de avaliação serão as práticas implementadas ou a implementar para a busca da erradicação do trabalho infantil.

Naturalmente o ávido leitor deve estar se perguntando o motivo de análise do trabalho infantil para a busca de constituição desta sociedade utópica (apenas sobre o ponto de vista ideológico) se atualmente devemos também buscar estudos para melhorias nas relações sociais tão aviltadas pela simples ausência da observância pelos governos dos direitos sociais básicos. De fato, há muito ainda o que fazer e programar para a buscar colocar em prática estes ideais e proporcionar um início próspero e palpável de paz social.

O que pretendemos demonstrar é que a raiz de todos os problemas pode ser cuidada, ou seja, sendo as crianças o futuro do povo constituído de forma organizada enquanto nação, ao observar e colocar em prática as normativas de erradicação do trabalho infantil, certamente propiciaremos que os de tenra idade possam se dedicar exclusivamente à formação educacional como indivíduos socialmente responsáveis no futuro.

Apenas o exemplo para as gerações vindouras sobre a preocupação em exterminar a prática do trabalho infantil, igualmente criará um terreno fértil para aqueles que estiverem determinados a continuar com tal objetivo, podendo até mesmo ser uma criança preservada da realização de atividade laboral que estudou e, por este motivo se tornou um indivíduo determinado a garantir que outras crianças em situação análoga a sua tenham o mesmo feliz destino de conseguir alcançar a plena liberdade para ser apenas criança.

A parte do estudo comparado é abordado de uma forma objetiva, sem se deixar levar pela superficialidade, demonstrando a análise das políticas públicas que foram implantadas em outro país signatário da convenção nº 182 da OIT, qual seja, Portugal.

Assim, não somente as políticas públicas para a erradicação do trabalho infantil brasileiras serão analisadas, mas em caráter comparativo e analítico as políticas públicas portuguesas igualmente serão foco do estudo, com o objetivo de traçar melhorias para ambos os modelos de gestão pública da questão com viés tão necessário para a garantia das futuras gerações.

2 I BREVE HISTÓRICO SOBRE O TRABALHO INFANTIL E MECANISMOS DE PROTEÇÃO

O registro histórico mais marcante relacionado com a preocupação (se assim podemos dizer) referente ao trabalho infantil, advém da época das corporações de ofício.

Importante traçar, em linhas gerais, que as corporações de ofício foram criadas durante o processo de expansão comercial na Europa, com a finalidade de monitorar a cadeia produtiva criando mecanismos de defesa econômica com a sistematização e normatização das obras artesanais. Em Portugal tais corporações foram instituídas em 1383, com especial atenção para o ano de 1572 onde foram regulamentadas as aptidões necessárias para exercer a função de artesão, bem como a formação de aprendizes (meninos). No Brasil em 1641, foram criadas corporações similares às portuguesas, oficialmente extintas com a Carta Magna brasileira de 1824.¹

As corporações de ofício, sem sombra de dúvida, ao menos capacitavam os menores para que um dia, talvez, conseguissem chegar a mestres e assim passar o conhecimento a diante formando novos aprendizes e mestres, o que foi sumariamente esmagado com o advento da revolução industrial no século XVIII, onde as crianças não tinham proteção alguma contra as jornadas de trabalho extenuantes de doze a dezesseis horas diárias.

Com o advento de maior intervenção do Estado na economia, tanto nas américas como na península ibérica, foram implantadas inúmeras políticas públicas de proteção do trabalho da criança e da mulher, impulsionadas pelas constantes manifestações populares, em sua maioria, coordenadas pelos sindicatos dos trabalhadores que reivindicavam a implantação imediata de mecanismos para garantir os direitos sociais inerentes às pessoas de tenra idade.

Noutro giro, a Declaração dos Direitos da Criança do Conselho da União Internacional de Proteção à Infância, de 1923, conhecida como Declaração de Genebra, proclama que a criança tem direito a ser protegida, auxiliada, alimentada, tratada, educada, recolhida se abandonada ou órfã, colocada em condições de se desenvolver de maneira normal nos planos material, moral e espiritual, independentemente da sua raça, nacionalidade ou crença, sempre com respeito pela integridade da família.

1. MARTINS, Mônica. Entre a Cruz e o Capital: a decadência das corporações de ofícios após a chegada da família real (1808-1824). Palestra Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro. In PREFEITURA DO RIO DE JANEIRO. [em linha] [acesso em 15/03/2018 às 18:08] Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4205239/4101476/palestra_monica_de_souza.pdf

Em 26 de Janeiro de 1990 foi assinada, na cidade de Nova Iorque, a Convenção sobre os Direitos da Criança (ratificada por Portugal em 12 de Setembro de 1990 e no Brasil em 21 de novembro de 1990), que reconhece a criança como sujeito autónomo de direitos e que torna os Estados-membros, juridicamente responsáveis pela realização dos direitos da criança e pelas medidas (legislativas, administrativas, sociais e educativas) que adotem na concretização dos seus princípios. A Convenção elege a família como suporte afetivo, emocional e socializador da criança e integra a problemática dos direitos da criança num quadro de reflexão universal, intrinsecamente ligado aos direitos humanos.

A Convenção impõe a adoção de medidas para proteção da criança contra a violência física/mental, a sevícia, o abandono, o tratamento negligente, os maus tratos e a exploração, designadamente sexual, bem como o trabalho em condições perigosas ou que possa interferir na sua educação.

A Convenção sobre os Direitos da Criança prevê², como principais princípios vetores:

- O princípio da não discriminação (art. 2º);
- O princípio de que a criança tem direito à vida, sobrevivência e ao desenvolvimento (art. 6º);
- O princípio do superior interesse da criança como fator de ponderação – para decisões judiciais, das autoridades administrativas, das opções legislativas;
- O princípio do respeito pelas opiniões da criança (com capacidade de discernimento) (art. 12º, nº 1) – as crianças têm direito a ser ouvidas e as suas opiniões devem ser tidas em consideração em processo judiciário ou administrativo que as afete.

A Convenção prevê ainda outros direitos de natureza social (à saúde, à educação, à segurança social, aos cuidados físicos, à vida familiar, à cultura), de proteção (contra a discriminação, o abuso físico e sexual, o abandono, a negligência, a exploração, o tratamento cruel) e de participação (direito ao nome e identidade, a ser consultada, ao acesso à informação, à liberdade de expressão e opinião).

A Convenção constitui direito interno português (art. 8º, nº 2 da Constituição da República Portuguesa), é fonte de direitos extra-constitucionais, está presente na interpretação das disposições legais relativas aos direitos das crianças e contribui para a densificação criativa e dinâmica desses direitos.

Na ordem jurídica portuguesa, a Convenção encontra manifestações na Constituição da República Portuguesa, no Código Civil, na OTM (Organização Tutelar de Menores), na Lei nº 147/99 de 1/09, na Lei nº 166/99 de 14/09 e em diversa Legislação Avulsa.

Especialmente no Artigo 32 da convenção é prelecionado que:

2. CONHEÇA a OIT. In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. [em linha] [acesso em 16.03.2018 às 21:37] Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>.

*“os Estados Membros reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer **trabalho** que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.”* (grifo nosso).

Atualmente temos a regulamentação do trabalho do menor, através de políticas públicas de aprendizado, com especial atenção para a proibição de realização de qualquer tarefa profissional para menores de 14 anos, salvo autorizações especiais (casos de artistas e músicos), em ambos os Países.

No Brasil, a Emenda Constitucional n. 20, de 1998, fixou o limite mínimo de idade para o trabalho do menor em dezesseis anos, admitindo sua contratação com idade inferior apenas como aprendiz e, ainda assim, a partir de quatorze anos (art. 7º, inciso XXXIII), sob a influência da Convenção nº 138 e Recomendação nº 146 ambas da Organização Internacional do Trabalho.

3 I ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

3.1 Origem

Fundada em 1919 para promover a justiça social, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é a única agência das Nações Unidas que tem estrutura tripartite, na qual representantes de governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores de 187 Estados-membros participam em situação de igualdade das diversas instâncias da Organização.

A missão da OIT é promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. Para a OIT, o trabalho decente é condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

Hoje, a agenda de trabalho decente da OIT ajuda a avançar rumo à conquista de condições econômicas e de trabalho que ofereçam a todos os trabalhadores, empregadores e governos uma participação na paz duradoura, na prosperidade e no progresso duradouros. Os quatro objetivos estratégicos da Agenda de Trabalho Decente da OIT são:

- Definir e promover normas e princípios e direitos fundamentais no trabalho;
- Criar maiores oportunidades de emprego e renda decentes para mulheres e homens;
- Melhorar a cobertura e a eficácia da proteção social para todos;
- Fortalecer o tripartismo e o diálogo social.

3. CONVENÇÃO sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para a sua eliminação. In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. [em linha] [acesso em 16.03.2018 às 23:47] Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/518>.

3.2 Convenção nº 182

No ano de 1999 a OIT editou a Convenção n. 182 juntamente com a Recomendação n. 190, que cuida da implementação dos dispositivos da Convenção. A Convenção n. 182 constitui instrumento complementar à Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU (Organização das Nações Unidas), tratando especificamente das piores formas de trabalho infantil e da ação imediata para sua eliminação. Referido diploma internacional foi promulgado:

- No Brasil: pelo Decreto n. 3.597 de 12 de setembro de 2000. Entrou em vigor no dia 12 de setembro de 2000;
- Em Portugal: Resolução da Assembleia da República n.º 47/2000, de 1 de Junho, publicada no Diário da República, I Série-A, n.º 127/2000 com ratificação através de Decreto do Presidente da República n.º 28/2000, de 1 de Junho, publicado no Diário da República, I Série-A, n.º 127/2000. Entrou em vigor no dia 15 de junho de 2000.

Nos termos do artigo 3º da Convenção n. 182, a expressão “*as piores formas de trabalho infantil*” abrange: a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia a ou atuações pornográficas; c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais como definidos nos tratados internacionais pertinentes e, d) trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças.

A 18ª Conferência Internacional de Estatísticas do Trabalho da OIT de 2008 acolheu a Resolução II, que fixou uma nova definição de trabalho infantil, ampliando as hipóteses delineadas na Convenção. A definição abarca atividades econômicas, bem como atividades domésticas, incluindo as atividades domésticas não remuneradas. A teor da mencionada resolução, a expressão “*trabalho infantil*” refere-se: (I) às piores formas de trabalho infantil, incluindo trabalho escravo, prostituição e pornografia, atividades ilícitas e atividades que apresentam riscos à saúde, segurança ou integridade moral, conforme a Convenção n. 182 da OIT; (II) todas as atividades empregatícias realizadas por menores de 15 anos de idade, conforme a Convenção n. 138 da OIT; e (III) atividades domésticas, incluindo afazeres domésticos realizados por longo período de horas, em ambiente insalubre, em localizações perigosas, ou com uso de equipamentos perigosos ou pesados.

Dispõe o item 1 do artigo 6º da Convenção que “*Todo Estado-membro elaborará e implementará programas de ação para eliminar, como prioridade, as piores formas de trabalho infantil.*” Já o item 2 do mencionado artigo estabelece que:

Esses programas de ação deverão ser elaborados e implementados em consulta com as instituições governamentais competentes e as organizações de empregadores e de trabalhadores, levando em consideração as opiniões de outros grupos interessados, caso apropriado⁴.

Verifica-se o caráter multifacetado das medidas recomendadas para a eliminação do trabalho infantil, envolvendo não só o Poder Público (Magistrados, Ministério Público, Conselhos Tutelares, Governos, etc) como também a família e todos os membros da sociedade civil.

3.3 Relatório sobre trabalho infantil

O relatório da Organização Internacional do Trabalho⁵, apresentado em 23/09/2014, aponta para a redução de um terço no número de crianças e adolescentes que trabalham em todo o mundo, desde 2000 até 2012.

Apesar da redução, o relatório indica que o número é insuficiente para alcançar a meta de eliminar as piores formas de trabalho infantil até 2016: segundo as novas estimativas, 168 milhões de crianças estão em situação de trabalho infantil (cerca de 11% da população total de crianças), sendo 85 milhões nas condições mais precárias⁶.

Entre o ano de 2000 e 2013, o número de meninas no trabalho infantil reduziu 40%, entre os meninos a redução foi de 25%⁷.

Dito relatório aponta, ainda, que dentre as atividades econômicas que mais preocupam, a agricultura registra o maior número de crianças trabalhando, sendo os setores de serviços e indústria também preocupantes devido aos números crescentes de trabalho infantil. Vejamos FIGURA1⁸

4. CONVENÇÃO sobre a idade mínima de admissão ao emprego. In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. [em linha] [acesso em 16.03.2018 às 23:47] Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/492>

5. OIT. IPEC “Medir o progresso na Luta contra o Trabalho Infantil - Estimativas e tendências mundiais 2000-2012”. 2013 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_221799.pdf (01.11.2019)

6. OIT. IPEC “Medir o progresso na Luta contra o Trabalho Infantil - Estimativas e tendências mundiais 2000-2012”. 2013 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_221799.pdf (01.11.2019), p.4

7. OIT. IPEC “Medir o progresso...”, p.VIII

8. OIT. IPEC “Medir o progresso...”, p.8

Setor ^(a)	2008		2012	
	('000)	Porcentagem	('000)	Porcentagem
Agricultura	129 161	60,0	98 422	58,6
Indústria	15 068	7,0	12 092	7,2
Serviços	55 109	25,6	54 250	32,3
(dos quais, em serviços domésticos)	(10 557)	(4,9)	(11 528)	(6,9)

Nota: (a) Excluem-se as crianças com informação inexistente sobre o setor de atividade econômica.

Figura 1: Distribuição setorial de crianças em atividade econômica a nível mundial, com número e repartição percentual, grupo etário 5-17 anos entre 2008 e 2012.

OIT. IPEC “Medir o progresso na Luta contra o Trabalho Infantil - Estimativas e tendências mundiais 2000-2012”

Em Portugal, a preocupação crescente nas trajetórias de vida de muitas crianças e jovens e em decorrência da ação da Comissão de Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, criada em 1996, duas novas leis sobre a infância e juventude foram aprovadas pela Assembleia da República, em 1999, dando corpo ao consagrado em convenções internacionais ratificadas pelo Estado português desde os anos 1980: a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo⁹ e a Lei Tutelar Educativa¹⁰. Estes dois novos diplomas entraram em vigor no dia 1 de janeiro de 2001 substituindo, em larga medida, o modelo consubstanciado na Organização Tutelar de Menores (OTM, 1978).

Até então, o termo “menor” era recorrentemente usado na legislação, aplicável a qualquer indivíduo com idade até aos 18 anos, patamar em que se alcança a maioridade civil em Portugal, nos termos do art.º 122.º, do Código Civil¹¹. Ao atingir essa idade, o jovem adquire plena capacidade de exercício de direitos e fica habilitado a reger a sua vida e a dispor dos seus bens¹².

Nos termos do art.º 1.º, da Convenção sobre os Direitos da Criança¹³, ratificada¹⁴ pelo Estado português, passou a adotar-se o conceito de criança “como todo o ser humano menor de 18 anos salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

9. PORTUGAL. Lei n.º 147/99. Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. 01.09.1999. http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis&so_miolo= (12.11.2019)

10. PORTUGAL. Lei n.º 166/99. Lei Tutelar Educativa. 14.09.1999. http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=542&tabela=leis&so_miolo= (12.11.2019).

11. PORTUGAL. DL n.º 47344/66. Código Civil. http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo= (25.11.1966)

12. Art.º 130.º, do Código Civil

13. UNICEF. “Convenção sobre os Direitos da Criança”. 20.11.1989 <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> (12.11.2019)

14. A Convenção foi assinada por Portugal em 26 de janeiro de 1990, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República Portuguesa n.º20/90, publicada no D.R., I Série, n.º 211, de 12 de setembro de 1990, constituindo direito interno português por força do art.º 8, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa

Deste modo, e tendo em vista a sua aplicação no âmbito do sistema nacional de promoção e proteção, a lei preconiza que criança ou jovem é “*a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos*”¹⁵.

As definições portuguesas para a caracterização do trabalho infantil não incluem a categoria “exploração” e dividem o trabalho infantil em perigoso (semelhante às piores formas de trabalho infantil definidas pela OIT) e trabalhos leves. Na exclusão da categoria “exploração”, encontra-se a diferença entre o trabalho geral e o trabalho produtor de mais-valia. As crianças que contribuem para a organização da vida familiar, não são consideradas exploradas, mas apenas parte do trabalho geral. Entretanto, é importante lembrar que no sistema capitalista de produção onde existe a exploração da mais-valia, através da qual o trabalhador recebe um salário cujo valor é inferior ao número de horas trabalhadas, a exploração infantil seria facilmente identificada se não houvesse ocultação pela ausência de crítica ao trabalho assalariado na relação capitalista de produção, muitas das vezes impulsionada por uma necessidade familiar de incremento da renda.

O setor com maior incidência de trabalho infantil em Portugal é a agricultura, reunindo 58,6% de atividade econômica, a indústria atinge o percentual de 7,2%, enquanto os serviços chegam ao patamar de 32,3%, no ano de 2012¹⁶.

Os números impressionam e demonstram a real necessidade de atentarmos ao tema.

Entretanto o citado relatório não contém apenas críticas. Com ratificação das convenções números 132 e 182, os Estados-membros comprometeram-se a comunicar regularmente à OIT os progressos registrados na sua implementação, assumindo assim a responsabilidade de prestação de contas perante a comunidade internacional. O Gráfico abaixo indica aumento significativo nas ações de seguimento comunicadas pelos Estados ratificantes sobre as Convenções citadas nos termos estabelecidos pela Comissão de Peritos sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações (CEACR), vejamos FIGURA 2¹⁷:

15. Art.º 5º. PORTUGAL. Lei n.º 147/99. Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. 01.09.1999. [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis&so_miolo=\(12.11.2019\)](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis&so_miolo=(12.11.2019))

16. OIT. IPEC “Medir o progresso...”, p.8

17. OIT. IPEC “Medir o progresso...”, p.9

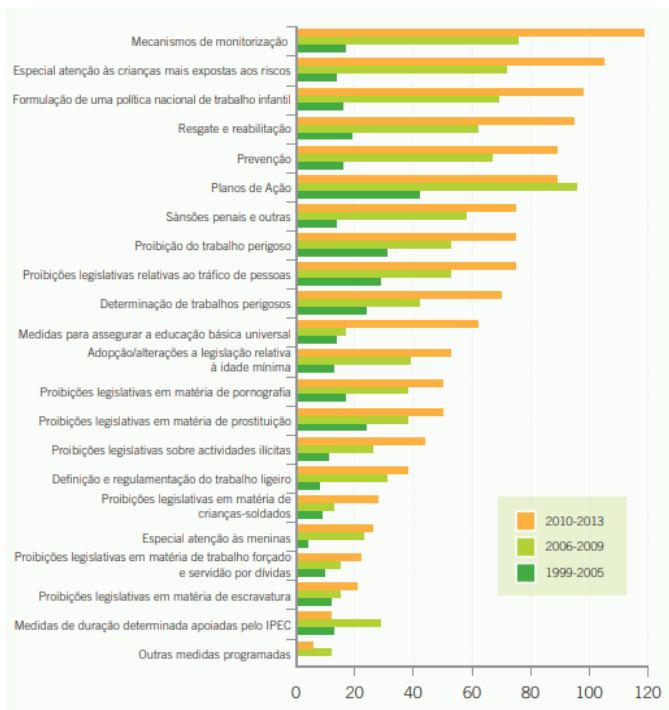


Figura 2: Número de ações comunicadas no contexto das Convenções nº 138 e 182 por tipo, 1999-2005 (verde escuro), 2006-2009 (verde claro) e 2010-2013 (laranja).

OIT. IPEC “Medir o progresso na Luta contra o Trabalho Infantil - Estimativas e tendências mundiais 2000-2012”

4 | AS PRÁTICAS BRASILEIRAS

4.1 Introdução: sistemas de proteção no Brasil

A doutrina brasileira da proteção integral, sedimentada no art. 227 da Constituição Federal/88 e nos arts. 1º a 6º do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), consiste na tutela prioritária e absoluta das crianças e adolescentes, como dever da família, da sociedade e do Estado, os quais devem assegurar-lhes os direitos da personalidade, com amplas oportunidades de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, com condições de liberdade e de dignidade.

Os artigos 60 a 69 do ECA tratam da proteção ao adolescente trabalhador. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê também a implementação de um Sistema de Garantia de Direitos (SGD). Os Conselhos de Direitos, de âmbito nacional, estadual e municipal são responsáveis pela formulação das políticas de combate ao trabalho infantil, proteção ao adolescente trabalhador e pelo controle social. Os Conselhos Tutelares são corresponsáveis na ação de combate ao trabalho infantil, cabendo a eles cuidar dos direitos

das crianças e adolescentes em geral, em parceria com o Ministério Público e o Juizado da Infância e da Adolescência. Também trata do assunto a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no seu Título III, Capítulo IV, “Da Proteção do Trabalho do Menor”, alterada pela Lei da Aprendizagem (Lei nº 10.097 de 19 de dezembro de 2000).

Esse regramento legal proclama a importância da criança e do adolescente para o futuro da humanidade e para a continuação da espécie, reconhecendo sua vulnerabilidade como seres humanos em desenvolvimento, fato que os torna merecedores de proteção integral e prioritária.

Estabelece o caput do art. 227 da Constituição Federal que:

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 opressão¹⁸.

Nesse sentido, o Brasil, como parte de um conjunto de medidas preconizadas pela ONU na Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 1989, vem elaborando diversas políticas públicas (ações afirmativas), normas jurídicas de proteção (XXXIII do art. 7º da Carta de Outubro), além de promover sua inserção no mercado de trabalho, por meio do contrato de aprendizagem (art. 428 da CLT - Consolidação das Leis do Trabalho), do contrato de estágio (Lei n. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 57, n. 87/88, p. 53-66, jan./dez. 2013 60 11.788/2008) e do trabalho educativo (art. 68 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A CLT - Consolidação das Leis do Trabalho - contém um capítulo inteiro destinado à proteção do trabalho do menor (artigos 402 a 441).

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil/1988, no art. 7º, inciso XXXIII, proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos, bem como qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir de quatorze anos.

Com amparo nesse preceito constitucional e sob a influência da Convenção n. 182 da OIT, o ECA veio a estabelecer em seu art. 67:

Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não governamental, é vedado trabalho: I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte; II - perigoso, insalubre ou penoso; III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social; IV - realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

18. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Brasília: Planalto, 2017. [em linha] [acesso em 5.03.2018, às 14:28h] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicaocompilado.htm

A Constituição Federal permite o trabalho do menor a partir de dezesseis anos, bem como a partir de quatorze anos, desde que na condição de aprendiz (art. 7º, XXXIII), ou seja, carrega no manto constitucional a classificação de trabalho da “criança” ao indivíduo menor de 18 anos (art. 2º da Convenção n. 182).

Ante o exposto, e considerando que o trabalho infantil, salvo em situações excepcionais, é expressamente proibido, tanto pela Lei Fundamental (inciso XXXIII do art. 7º da Carta de Outubro) quanto pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 403 da CLT), temos que a criança ou adolescente que trabalhar em situações não previstas em lei, fará jus a todos os direitos trabalhistas previstos na legislação, sem prejuízo das sanções criminais, civis e administrativas aplicáveis aos infratores.

Importante mencionar que existe na legislação brasileira a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil (Lista TIP), na forma do Anexo do Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008, assim consideradas atividades prejudiciais à saúde, à segurança ou à moral do adolescente, e só podem ser feitas por maiores de 18 anos, entre as quais se encontram o Trabalho Doméstico, por exemplo.

4.2 Programa de erradicação do trabalho infantil – PETI

O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) teve início, em 1996, como ação do Governo Federal, com o apoio da Organização Internacional do Trabalho (OIT), para combater o trabalho de crianças em carvoarias da região de Três Lagoas (MS). Sua cobertura foi, em seguida, ampliada para alcançar progressivamente todo o país num esforço do Estado Brasileiro para implantação de políticas públicas voltadas ao enfrentamento do trabalho infantil, atendendo as demandas da sociedade, articuladas pelo Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI).

Em 2005, ocorreu a integração do PETI com o Programa Bolsa Família, o que trouxe mudanças significativas para o aprimoramento da gestão da transferência de renda.

Em 2011, o PETI foi instituído pela Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) como um programa de caráter intersetorial, integrante da Política Nacional de Assistência Social, que compreende: transferências de renda; trabalho social com famílias e oferta de serviços socioeducativos para crianças e adolescentes que se encontram em situação de trabalho.

A partir de 2013, foi iniciada a discussão sobre o Redesenho do PETI, considerando os avanços da estruturação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e da política de prevenção e erradicação do trabalho infantil, além da nova configuração do trabalho infantil no Brasil, revelada pelo Censo IBGE 2010.

O novo desenho do programa tem como objetivo acelerar as ações de prevenção e erradicação do trabalho infantil de acordo com o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (Reedição 2ª edição, 2011-2015) e com a Carta de Constituição de Estratégias em Defesa da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente.

O PETI também analisa crianças e principalmente adolescentes, que são impulsionados pela mídia ao consumo como forma de integração social, ou ainda, quando indivíduos menores de idade estão sendo vítimas do aliciamento para o tráfico e para a exploração sexual, situações que influenciam na entrada precoce de crianças e adolescentes no trabalho lícito ou ilícito.

4.3 Plano nacional de prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao adolescente trabalhador

O Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador é fruto do empenho da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (CONAETI), um organismo quadripartido composto por representantes do poder público, dos empregadores, dos trabalhadores, da sociedade civil organizada e de organismos internacionais, sob a coordenação do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), com finalidades específicas tais como a elaboração de um Plano Nacional de Combate ao Trabalho Infantil, a verificação da conformidade das Convenções 138 e 182 da OIT com os diplomas legais vigentes, elaborando propostas de regulamentação e adequação e proposição mecanismos de monitoramento da aplicação da Convenção 182.

Infelizmente, recente relatório emitido no final do ano de 2017 pelo Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI) e pelo Ministério Público do Trabalho, atesta que o Brasil, apesar de conseguir diminuir os índices de trabalho infantil, não cumpriu o objetivo de erradicar o trabalho infantil até 2016 e tem risco de não conseguir acabar com essa prática até 2025.

O texto tem como referência os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), definidos pelas Nações Unidas em 2015, compromisso assumido de forma voluntária por 193 países, entre eles o Brasil. Entre os 17 objetivos e 169 metas até 2030 está o propósito de eliminar o trabalho infantil até 2025.

De acordo com o levantamento, o índice continuaria caindo, mas restariam ainda 546 mil crianças e adolescentes trabalhando em 2025. Esse cenário não é suficiente para que o objetivo estabelecido seja atingido. Vejamos um destaque que entendemos ser relevante do texto:

“Apesar dos consideráveis avanços alcançados pelo país nos últimos anos, com a redução do percentual de crianças e adolescentes trabalhadores, sobretudo no mercado formal, ainda persistem muitos desafios, principalmente no mercado informal e nas ocupações classificadas como piores formas, a exemplo do trabalho infantil doméstico e muitas atividades agrícolas”.

A realidade brasileira, em especial, sendo ainda um País em desenvolvimento industrial primário, permite que existam crianças laborando na agricultura familiar, a qual agrega muitas crianças e adolescentes para o desempenho de atividades no campo, sendo este um fator cultural com tortuoso caminho a ser percorrido para alcançarmos a superação desta barreira sócio-cultural.

Um dos desafios está na faixa de 5 a 9 anos, marcada por um movimento de crescimento dessa prática. Em 2013, 61 mil crianças nessa faixa etária estavam trabalhando; em 2014, 70 mil, e, em 2015, 79 mil. Meninos e meninas nessa faixa, em geral, trabalham em locais como lixões, casas de famílias, fazendas, sítios e outros espaços agrícolas.

O relatório revela também que o Brasil não cumpriu a meta de erradicar as piores formas de trabalho infantil até 2016, compromisso assumido na 2ª Conferência Global sobre o tema, realizada em Haia, na Holanda, em 2010.

O documento faz uma relação entre a situação de crianças na escola e realizando atividades laborais. Segundo o texto, mesmo com as taxas altas de matrículas, *“ainda persiste um percentual de crianças e adolescentes fora da escola, e pesquisas apontam o trabalho infantil como um dos fatores de exclusão”*. São 821,5 mil na faixa entre 4 e 5 anos, 387,5 de 6 a 14 anos e 1,6 milhão entre 14 e 17 anos. A ocorrência dessa situação, acrescenta, é prejudicial, inclusive no caso de meninas e meninos que frequentam a escola, uma vez que afeta o desempenho nas aulas.

De acordo com o texto, um dos obstáculos à erradicação desse fenômeno é a falta de fiscalização. Conforme o documento, em 2016 foram feitas 5.765 inspeções de trabalho infantil, sendo 3.615 das atividades classificadas como piores formas. No total, as operações envolveram 2.513 crianças nessas situações.

Em 2017, os autores do relatório denunciam uma redução drástica de verbas para as iniciativas de fiscalização. *“As ações de fiscalização da inspeção do trabalho são necessárias. Nós estamos com um corte de recurso que compromete essas inspeções. O Ministério do Trabalho revelou que havia recursos quase zero para fiscalização do trabalho escravo e do trabalho infantil”*, alertou Isa Oliveira, secretária executiva do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil.

5 | AS PRÁTICAS PORTUGUESAS

5.1 Introdução: sistemas de proteção em Portugal

Em Portugal, havendo uma preocupação crescente nas trajetórias de vida de muitas crianças e jovens e em decorrência da ação da Comissão de Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, criada em 1996, 2 duas novas leis sobre a infância e juventude foram aprovadas pela Assembleia da República, em 1999, dando corpo ao consagrado em convenções internacionais ratificadas pelo Estado português desde os anos 1980: a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, Ministério do Trabalho e da Solidariedade, alterada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto) e a Lei Tutelar Educativa (Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, Ministério da Justiça). Estes dois novos diplomas entraram em vigor no dia 1 de janeiro de 2001 substituindo, em larga medida, o modelo consubstanciado na Organização Tutelar de Menores (OTM, 1978).

Até então, o termo “menor” era recorrentemente usado na legislação, aplicável a qualquer indivíduo com idade até aos 18 anos, patamar em que se alcança a maioridade civil em Portugal (Art.º 122.º, do Código Civil). Ao atingir essa idade, o jovem adquire plena capacidade de exercício de direitos e fica habilitado a reger a sua vida e a dispor dos seus bens (Art.º 130.º, do Código Civil). Nos termos do art.º 1.º, da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), ratificada pelo Estado português, passou a adotar-se o conceito de criança *“como todo o ser humano menor de 18 anos salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.”* (A Convenção foi assinada por Portugal em 26 de janeiro de 1990, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República Portuguesa n.º20/90, publicada no D.R., I Série, n.º 211, de 12 de setembro de 1990, constituindo direito interno português por força do art.º 8, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa).

Deste modo, e tendo em vista a sua aplicação no âmbito do sistema nacional de promoção e proteção, a lei preconiza que criança ou jovem é *“a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos”* (art.º 5º, LPCJP).

5.2 Sistemática implantada por Portugal para erradicação

De acordo com as deliberações dos países signatários da OIT, Portugal, em 1998, definiu um Plano para a Eliminação da Exploração do Trabalho (PEETI) pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 75/98. Seu objetivo principal é eliminar no país todas as formas do trabalho infantil.

Após o recebimento da denúncia, as equipes multidisciplinares do PEETI analisam e caracterizam as situações encontradas por meio de fichas de dados e tipologia do trabalho. Em seguida, é realizada uma avaliação diagnóstica, sociofamiliar e escolar para preparar uma intervenção do programa governamental no problema familiar (SIET, 2008).

O exemplo do PEETI de Portugal, em termos de diagnóstico e intervenção, tem sido utilizado pela OIT em outros países europeus, pois, conforme relato de Paulo Bácia (2008), diretor do Escritório da OIT em Lisboa, os países ricos europeus também têm problemas relacionados ao trabalho infantil, seja nos âmbitos domésticos, seja nos âmbitos familiares, artísticos, estejam as crianças frequentando as escolas ou não. Outra política de enfrentamento do trabalho infantil em Portugal é o Plano Integrado de Educação e Formação (PIEF), cujo principal objetivo é atuar no abandono escolar precoce por meio de projetos de educação para as crianças que não queiram voltar ao sistema educativo (PEE - TI, 2008a).

O plano é orientado pela perspectiva de que é necessário preparar as crianças e os jovens para inserção profissional na sociedade como cidadãos qualificados. Conforme documentos publicados pelo Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social (MTE, 2001), tanto o PEETI quanto o PIEF possuem parcerias com empresas, destinadas ao emprego

de maiores de 16 anos. Nesses casos, o aluno fica na empresa 60% de seu tempo e 40% no PIEF, até que obtenha a certificação do 9º ano escolar.

Portanto, o programa atua na perspectiva da qualificação e inserção profissional, tentando fazer com que os adolescentes encontrem um emprego qualificado no futuro, reproduzindo as mesmas tendências liberais individualistas já relatadas anteriormente.

Além dessas ações, desde 2008, Portugal implementou a escola em tempo integral, com crianças do Ensino Básico (nove primeiros anos de escolarização, seis a 14 anos). As crianças e adolescentes frequentam as disciplinas curriculares obrigatórias em um período e, em outro, desenvolvem atividades de enriquecimento curricular (inglês, artes, música, esportes). O almoço e os lanches são fornecidos por uma empresa terceirizada. As famílias com menor rendimento recebem subsídios para alimentação e material escolar, conforme o escalão social de pertencimento.

5.3 Principais desafios

Conforme já anteriormente dito, as definições portuguesas para a caracterização do trabalho infantil não incluem a categoria “exploração” e diferenciam as atividades pelas quais as crianças contribuem para a organização da vida familiar, o que torna por diversas vezes demasiadamente difícil enquadramento na infração pela autoridade fiscalizadora.

Ademais, sendo na agricultura o setor com maior incidência de trabalho infantil em Portugal, é importante ressaltar que deste universo temos que 47,1% dos menores exercem atividades perigosas (termo empregado para menores de 18 anos que exercem atividades em locais perigosos com excesso de carga, péssimas condições de trabalho, intensidade de horas e periculosidade).

Já na construção civil, observamos a absorção da menor taxa do que o SIET intitula como trabalho infantil, mas significativo índice (18,6%) do que o SIET intitula trabalho perigoso. O mesmo é notado na indústria, que absorve 8,9% das atividades econômicas e 18,6% das atividades perigosas. Já nos setores de comércio, alojamento e restauração, observamos o contrário, sendo maior o índice de atividade econômica e menor o de trabalho perigoso.

Não podemos nos esquecer de que Portugal detém enfrentamento de sérias questões imigratórias, as quais inexoravelmente atraem em sua esmagadora maioria os indivíduos com renda familiar extremamente baixa. Estas pessoas, fugindo de guerras ou apenas em busca de melhores condições de vida, desencadeiam, durante o processo imigratório, a inclusão de menores no mercado de trabalho informal com o objetivo simples de aumento da renda familiar.

Vamos ao desdobrar das conclusões.

6 | CONCLUSÃO

O presente estudo procurou dar ao leitor uma abordagem geral sobre a necessidade da erradicação do trabalho infantil, justificando a edição da convenção nº 182 da OIT, aplicado aos dois países objeto de estudo – Brasil e Portugal.

Ao longo do trabalho, percebemos que existem diferenças e similitudes entre as políticas públicas para cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-membros signatários da Convenção.

As principais diferenças que podemos citar são desde as mais simples (maior demora no ingresso da convenção na norma jurídica interna do Brasil em relação a Portugal), até as mais complexas (classificação de atividades perigosas e demais serviços nocivos à criança).

Os principais pontos de convergência foram as políticas públicas empregadas com o objetivo de analisar a realidade sócio-econômica antes de aplicar as ações efetivas, contudo, em ambos os países as primeiras tentativas foram desastrosas, necessitando, após a edição de complemento da convenção pela OIT, de revisão circunstancial destas políticas públicas para efetivamente colocar em prática dos compromissos assumidos perante os organismos internacionais.

Resultado: um atraso significativo em ambos os países das metas assumidas na Convenção nº 182, com projeção para atendimento dos compromissos apenas em 2025.

Contudo, podemos ter como bom horizonte o envio dos dados dos países signatários para a OIT com o objetivo de controlar as políticas públicas, a verificação da diminuição de certos índices, a racionalização da implantação com mais ou menos ênfase de acordo com a natureza do trabalho infantil versus economia versus costumes sociais (caso da agricultura que é comum aos dois países).

Assim, concluímos nosso trabalho com a satisfação de entregar ao leitor informações necessárias para a compreensão de que apesar dos objetivos ainda não terem sido alcançados, a erradicação do trabalho infantil caminha a passos mais firmes e decididos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN: 978-85-392-0073-3.

ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4669-3

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. ISBN: 8574201278.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN: 83-336-08-36-5.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6870-1.

MORAES, ALEXANDRE DE. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9ª ed. atualizada até a ECn. 71/12. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7481-3

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 3ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. ISBN 978-85-203-4492-7

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional. Lisboa: Assembleia da República, 1976.

WEBGRAFIA

A Convenção sobre os Direitos da Criança Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas, assinada em 20 de Novembro de 1989. In: FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFANCIA. [em linha] [aceso em 15/03/2018 às 19:02] Disponível em: https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf.

AÇÃO estratégica do programa de erradicação do trabalho infantil. In MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. [em linha] [acesso em 08/03/2018 às 19:53]. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/cadastro-unico/o-que-e-e-para-que-serve/programa-de-erradicacao-do-trabalho-infantil-peti>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. In PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Brasília: Planalto, 2017. [em linha] [acesso em 5.03.2018, às 14:28h]Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL não cumpre meta de erradicar o trabalho infantil até 2016, mostra relatório. In CARTA CAPITAL. [em linha] [acesso em 08/03/2018 às 19:16] Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/25/brasil-nao-cumpre-meta-de-erradicar-trabalho-infantil-ate-2016-mostra-relatorio/>.

BRASIL. *Decreto 3597*. In PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Brasília: Planalto, 2017. [em linha] [acesso em 15.03.2018, às 14:28h]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

CARVALHO, Maria João Leote de. *Sistema Nacional de Acolhimento de Crianças e Jovens*. [em linha] [acesso em 16.03.2018 às 22:58] Disponível em: <http://makebraga.pt/wp-content/uploads/2017/03/CARVALHO-MJL-Acolhimento-2013.pdf>.

CONHEÇA a OIT. In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. [em linha] [acesso em 16.03.2018 às 21:37] Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/lang-pt/index.htm>.

CONVENÇÃO sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para a sua eliminação. In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. [em linha] [acesso em 16.03.2018 às 23:47] Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/518>.

CONVENÇÃO sobre a idade mínima de admissão ao emprego. In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. [em linha] [acesso em 16.03.2018 às 23:47] Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/492>

MARTINS, Mônica. Entre a Cruz e o Capital: a decadência das corporações de ofícios após a chegada da família real (1808-1824). Palestra Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro. In PREFEITURA DO RIO DE JANEIRO. [em linha] [acesso em 15/03/2018 às 18:08] Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4205239/4101476/palestra_monica_de_souza.pdf.

ILO. “21 milhões de pessoas agora são vítimas de trabalho forçado, diz a OIT” http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_181961/lang--en/index.htm (01.11.2019)

ILO 2012. “ILO 2012 Global estimate of forced labour Executive summary”. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_181953.pdf (01.11.2019)

ILO 2016. “Trabalho forçado, escravidão moderna e tráfico de pessoas”. <https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang--en/index.htm> (10.11.2019)

MEDIR o progresso na Luta contra o Trabalho Infantil - Estimativas e tendências mundiais 2000-2012 / Bureau international do Trabalho, Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil (IPEC) - Genebra: OIT, 2013. In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. [em linha] [acesso em 16.03.2018 às 21:59] Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipecc/documents/publication/wcms_221799.pdf.

OIT. IPEC “Medir o progresso na Luta contra o Trabalho Infantil - Estimativas e tendências mundiais 2000-2012”. 2013 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_221799.pdf (01.11.2019)

OIT. Convenção nº 29. Trabalho Forçado ou Obrigatório, de 10.06.1930. https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm (10.11.2019)

PORTUGAL. DL n.º 47344/66. Código Civil. 25.11.1966 http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo= (12.11.2019)

PORTUGAL. Lei n.º 147/99. Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. 01.09.1999. http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis&so_miolo= (12.11.2019)

PORTUGAL. Lei n.º 166/99. Lei Tutelar Educativa. 14.09.1999. http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=542&tabela=leis&so_miolo= (12.11.2019)

PLANO nacional de prevenção e erradicação do trabalho infantil a proteção ao adolescente trabalhador. In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. [em linha] [acesso em 12/01/2018 às 21:25] Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/ipecc/pub/plan-prevencao-trabalho infantil-web_758.pdf.

TEIXEIRA, Marcelo Tolomei; MIRANDA, Leticia Aguiar Mendes. In TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 3 REGIÃO. [em linha] [acesso em 08/03/2018 às 20:35] Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_87_88/marcelo_tolomei_teixeira_e_leticia_aguiar_mendes_miranda.pdf.

UNICEF. “Convenção sobre os Direitos da Criança”. 20.11.1989 <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> (12.11.2019)

CAPÍTULO 8

INTERVENÇÃO ESTRUTURAL E BLOQUEIOS POLÍTICOS E INSTITUCIONAIS: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA

Data de aceite: 01/10/2020

Data da submissão: 07/07/2020

Luis Renato Ribeiro Pereira de Almeida

Universidade Federal Fluminense

Niterói – Rio de Janeiro

<http://lattes.cnpq.br/7759944473331637>.

Gleison Heringer Vieira Domingues

Universidade Federal Fluminense

Niterói – Rio de Janeiro

<http://lattes.cnpq.br/5762513420564772>.

RESUMO: A investigação científica que ora vem a lume se propõe a examinar as interações e tensões entre os Poderes do Estado no que toca à implementação de políticas públicas e à efetivação dos direitos fundamentais – notadamente direitos sociais de caráter prestacional – em situações fáticas específicas, reveladoras de bloqueios políticos e institucionais que perpetuam a violação massiva, generalizada e sistêmica dos direitos encartados na Constituição. Nessa perspectiva teórica, a pesquisa é centrada na análise do Estado de Coisas Inconstitucional sob três aspectos principais: as consequências do seu reconhecimento sobre a realidade social; as possíveis posturas da Corte Constitucional em relação aos Poderes Políticos e a reação destes à decisão judicial proferida no enfrentamento do litígio estrutural.

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção estrutural, diálogo institucional, estado de coisas inconstitucional, América Latina, democracia.

STRUCTURAL INTERVENTION AND POLITICAL AND INSTITUTIONAL BLOCKADES: UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN LATIN AMERICA

ABSTRACT: The article aims to analyze the interactions and tensions between public authorities regarding the implementation of public policies and the implementation of fundamental rights – mainly social rights – in specific factual situations that reveal political and institutional blockages that perpetuate the massive and systemic violation of constitutional rights. In this perspective, the paper focuses on the analysis of the Unconstitutional State of Affairs by three aspects: the consequences of the recognition on social reality; the possible postures of the Constitutional Court on the issue and the Political Powers reaction to the judicial decision pronounced in structural cases.

KEYWORDS: Structural intervention, institutional dialogue, unconstitutional state of affairs, latin America, democracy.

1 | INTRODUÇÃO

Diante das dificuldades na implementação de políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais – notadamente direitos sociais de caráter prestacional, que demandam uma atuação positiva do Estado para serem concretizados – o presente trabalho se debruça sobre a temática concernente a situações fáticas reveladoras de bloqueios políticos e institucionais, que por força da inércia contínua

e reiterada dos Poderes do Estado ensejam a violação massiva, generalizada e sistêmica dos direitos fundamentais.

Nessa ordem de ideias, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) destaca-se como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais e enfrentamento do chamado litígio estrutural. A experiência da utilização da técnica decisória na América Latina foi visualizada na Colômbia, Brasil e Peru.

2 | ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: PRESSUPOSTOS E OBJETO

Do exame da jurisprudência constitucional colombiana, desde a primeira oportunidade em que o ECI foi reconhecido, exsurtem dois fatores basilares orientadores da sua configuração, quais sejam: a reiterada violação de direitos fundamentais, que afeta número amplo de pessoas, em razão da amplitude da afronta a esses direitos; e a causa dessa violação não ser imputável unicamente a uma ou algumas autoridades pontuais, mas resultar de fatores estruturais, de modo que a solução do caso concreto exige a ação conjunta e coordenadas de diversas entidades públicas. Tais fatores são claramente identificados na *Sentencia T-153 (1998)* e na *Sentencia T-025 (2004)*.

Na doutrina estrangeira, César Garavito e Diana Franco, de modo semelhante, destacam dois traços marcantes do ECI: uma situação fática de violação massiva de direitos, com o fracasso generalizado de políticas públicas, cujos resultados não são sequer minimamente aceitáveis; e um bloqueio do processo político ou institucional, imune aos mecanismos de ajuste e correção convencionais de políticas públicas, e vinculado a falhas sistemáticas no processo de formulação dessa políticas (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 40).

No Brasil, Carlos Alexandre de Azevedo Campos apresenta três pressupostos centrais caracterizadores do ECI: o primeiro, atinente ao plano dos fatos, é consubstanciado na violação de direitos fundamentais manifestada, objetivamente, como massiva, generalizada e sistemática; o segundo, que se opera no plano dos fatores, é identificado no fato de que essa violação decorre de falhas estruturais, isto é, ações e omissões estatais sistêmicas, perpetuadas por bloqueios políticos e institucionais; e, por fim, no plano dos remédios, o terceiro pressuposto é correlativo à superação do quadro através de remédios ou sentenças estruturais (CAMPOS, 2015c).

Assim, é certo que restará configurado um ECI quando houver: um quadro fático de violação massiva de direitos fundamentais; um contexto de falhas estruturais, simbolizado pela omissão reiterada e contínua de diversas autoridades e órgãos dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios na promoção de medidas direcionadas à efetivação desses direitos; e a necessidade da adoção de remédios estruturais ou *structural remedies* (WEAVER, 2004), isto é, ordens direcionadas a todos os agentes responsáveis pelas violações identificadas, como único meio hábil a romper os bloqueios que impedem a

correção das falhas estruturais, superando ou ao menos reduzindo a intensidade do quadro de inconstitucionalidades. A presença desses pressupostos configura o que se denominou de litígio estrutural, objeto de enfrentamento pelo ECI (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 16). O litígio estrutural exige intervenções em igual medida estruturais, para a superação da inconstitucionalidade instalada no funcionamento das instituições.

Portanto, no caso do ECI a inconstitucionalidade não recai sobre lei ou ato normativo que, do ponto de vista formal ou material, seja incompatível com as disposições da Constituição. A incompatibilidade resulta de um estado de coisas, da existência de uma situação fática cuja permanência é intolerável diante do conjunto de direitos, princípios e valores constitucionais sobre os quais se erige o ordenamento, revelando o mau funcionamento das instituições.

Ou seja, a lesão a direitos fundamentais ensejadora desse estado de inconstitucionalidades não é meramente tópica, não se circunscreve a um litígio pontual entre demandante e demandado, tampouco fica a estes adstrita. A afronta configura um litígio de caráter estrutural, que ultrapassa eventuais demandantes e autoridades demandas de um processo judicial, atingindo sobremaneira um número indeterminado de jurisdicionados que se encontram nas mesmas circunstâncias, além de atos de diversas autoridades, que não apenas aquela(s) eventualmente apontada(s) no polo passivo de uma demanda.

Nessa linha, a transgressão *sub examine* decorre de um contexto de falhas estruturais, que encerram a falta de diálogo ou de coordenação entre os diversos atores do Estado, e se materializam por reiteradas ações e omissões quanto a medidas normativas, administrativas, orçamentárias e posturas jurisdicionais acerca da interpretação e aplicação das normas.

Tais condutas comissivas e omissivas ultrapassam a esfera de atuação própria de apenas um dos Poderes, e não são exclusivamente atribuídas a autoridades/órgãos individualizados, de apenas determinado ente da Federação: a inércia que acarreta essa afronta, além de generalizada, é também sistêmica, ou seja, repousa sobre o funcionamento das instituições, comprometendo a efetividade dos direitos e a concretização da previsão normativa objetiva, distanciando a realização do projeto constitucional da realidade social.

Portanto, o ECI representa uma forma de intervenção estrutural que se configura quando mais de um Poder, nos diversos níveis da Federação, concorrem para o agravamento e perpetuação da violação de direitos.

A inação estrutural do Estado pode ser observada sob duas perspectivas: na omissão em adotar medidas que se afigurem eficazes para preservar os direitos fundamentais, hipótese em que não há qualquer política pública formulada; e na inércia em buscar alternativas para solucionar ou reduzir gradualmente a dramaticidade da realidade fática, diante do fracasso das políticas públicas existentes (CAMPOS, 2015a). Ambos os casos decorrem do contexto de falhas estruturais, cuja superação resta impossibilitada por estarem associadas a bloqueios políticos e institucionais.

Os bloqueios políticos são correlatos aos custos das opções políticas relacionadas a temas polêmicos, sobre os quais paira forte resistência social, a ensejar a falta de vontade política dos agentes legitimados pelo voto popular, como ocorre com o sistema penitenciário. Os bloqueios institucionais, por seu turno, são alusivos à incapacidade de os Poderes Políticos superarem o quadro fático que se impõe diante da falta de diálogo entre as instituições, ou em razão de falhas na coordenação de suas ações.

Assim, é imprescindível a intervenção de um órgão insulado do processo eleitoral – com a possibilidade de superar bloqueios políticos – que, sem determinar substancialmente as políticas públicas a serem adotadas, seja apto a coordenar, mediante a expedição ordens estruturais, a ação dos atores envolvidos na lesão a direitos fundamentais – rompendo bloqueios institucionais.

A peculiar realidade fática apresentada, incompatível com a ordem constitucional, exterioriza que apenas remédios estruturais – simbolizados por ordens diversas, direcionadas a uma pluralidade de órgãos e autoridades, de todos os Poderes do Estado – revelam-se aptos a superar tais bloqueios, e a corrigir as falhas estruturais, redimensionando os “ciclos de formulação e execução de políticas públicas” para, assim, cessar a lesão sistemática aos direitos fundamentais (CAMPOS, 2015b).

A deficiência estrutural do aparato estatal exige mudanças de mesma proporção, transformações que operem efeitos sobre o funcionamento de um sistema gravemente debilitado (ARIZA, 2013, p. 142), medidas que congreguem os três Poderes, incumbindo a cada qual uma atuação circunscrita a suas esferas legítimas de ação: ao Tribunal Constitucional cabe, em um primeiro momento, a prolação de sentença estrutural, que ao identificar a configuração do ECI determina a elaboração de providências aos Poderes Públicos, fixando-lhes metas, indicando diretrizes/parâmetros e, eventualmente, prazo; aos Poderes Políticos é atribuída a tarefa de formularem as políticas públicas adequadas ao caso concreto (FIGUEIREDO, 2009), ou o ajuste daquelas que se revelaram deficientes, além de medidas legislativas e orçamentárias, na medida em que são responsáveis pelas escolhas políticas e alocação de recursos; por fim, para o sucesso da técnica decisória, o Tribunal Constitucional supervisiona a implementação de sua decisão, emitindo novas ordens quando necessário.

Fixados os pressupostos configuradores do litígio ao qual o ECI se propõe a superar, cumpre consignar que a sua declaração traduz uma premissa para a intervenção judicial estrutural sobre a questão. Isto é, somente a partir da afirmação expressa da existência do ECI o Tribunal está autorizado a formular ordens as autoridades, entidades e órgãos diversos: a afirmação antecedente do ECI permite ao Tribunal, em seguida, proceder à tutela estrutural sobre o caso, determinando a realização das medidas urgentes e necessárias.

Do exposto, nota-se que o ECI é instituto vocacionado à tutela da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mediante a adoção de providências de diversas matrizes direcionadas a cessar a violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de condutas reiteradas dos Poderes Públicos.

3 I DIREITO COMPARADO: EXPERIÊNCIAS DO ECI NA COLÔMBIA E PERU

A Corte Constitucional Colombiana (CCC) reconheceu pela primeira vez a configuração do ECI em 6 de novembro de 1997, na *Sentencia de Unificación* SU-559, em caso relativo a falhas, por parte de autoridades estatais locais, na inscrição de 45 professores de escolas públicas dos municípios de *Zambrano* e *María La Baja* no sistema de seguridade social, o que acarretou a falta de pagamento de seguros e prestação de saúde aos demandantes.

Ao apreciar o caso, a Corte detectou que a violação a direitos previdenciários decorrente da falha na inscrição no sistema de seguridade não era restrita aos professores que apresentaram suas ações perante a CCC, mas ultrapassava esses particulares e atingia o percentual de 84,16% do total de professores das redes municipais do país, cadastrados no sistema nacional de educação. Além disso, a Corte identificou um contexto de falhas na política nacional de educação e de redistribuição de recursos, não imputáveis apenas às autoridades demandadas. Portanto, além de a violação não se limitar ao grupo demandante, em igual medida sua origem não estava circunscrita aos citados municípios, e desse modo, caso a CCC julgasse em desfavor apenas das autoridades constantes do polo passivo, a falha permaneceria em razão da dimensão do problema que se colocava.

Percebendo a necessidade de se tutelar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que a violação decorria da estrutura e funcionamento do sistema – traduzindo, portanto, uma falha estrutural –, a CCC declarou o ECI e determinou diversas providências para a solução do litígio estrutural.

Diversas decisões com esse caráter foram proferidas pela CCC, que edificou e passou a aperfeiçoar a proposta decisória ao longo dos anos: *Sentencia* T-068, de 5 de março de 1998; *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998; *Sentencia* SU-250, de 26 de maio de 1998; *Sentencia* T-590, de em 20 de outubro de 1998; *Sentencia* T-144, de 15 de março de 1999; e *Sentencia* T-525, de 23 de julho de 1999. Após essas ocasiões, em duas novas oportunidades, mais recentes, a Corte Colombiana declarou a existência do ECI: a primeira, emblemática, relativa aos deslocamentos internos forçados, estampada na *Sentencia* T-025, de 22 de janeiro de 2004; e outra pertinente à saúde pública, esboçada na *Sentencia* T-760, de 31 de julho de 2008.

No Peru, em pelo menos quatro ocasiões o ECI foi reconhecido pela Corte Constitucional: *Expediente* n.º 2579-2003HD/TC, de 6 de abril de 2004; *Expediente* n.º 3149-2004AC/TC, de 20 de janeiro de 2005; *Expediente* n.º 05561-2007PA/TC, de 24 de março de 2010; e *Expediente* n.º 03426-2008PHC/TC, de 26 de agosto de 2010. Porém, os pressupostos caracterizadores do ECI, tal qual construídos pela CCC, somente se mostraram presentes no último caso, ocasião em a Corte Constitucional do Peru reconheceu a violação do direito à saúde e à integridade pessoal de presos acometidos por enfermidade mental.

4 I SUPREMACIA JUDICIAL X DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Ao investigar o caso da *Sentencia* T-153, que discutiu a superlotação carcerária das penitenciárias Modelo (de Bogotá) e Bellavista (de Medellín), a CCC verificou que era generalizada a violação à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais dos presos – tais como saúde, integridade física, entre outros. Contudo, o problema não estava adstrito aos estabelecimentos, mas abrangia o sistema penitenciário em si, sendo questão de magnitude nacional.

Constatada uma realidade de total ausência de políticas públicas relacionadas ao caso, a Corte declarou o ECI e expediu ordens de natureza diversa a inúmeras autoridades, órgãos e entidades. A despeito do tratamento nacional conferido ao problema – que a CCC reconheceu ser estrutural – as determinações não alcançaram o resultado pretendido, na medida em que as ordens expedidas pecaram pela falta de diálogo com as demais instituições e pelo elevado grau de rigidez, sem margem de discricionariedade para que os seus destinatários pudessem eleger o modo mais eficaz de enfrentar a questão dentro de suas reais possibilidades, pelo que se tornou inviável o cumprimento da decisão da CCC. Ademais, a falta de uma jurisdição supervisória sobre o caso na fase de implementação da decisão igualmente contribuiu para o seu fracasso.

Ao optar por uma posição de supremacia judicial em detrimento do diálogo institucional, convicta de que sua autoridade seria bastante para impor o cumprimento de suas ordens expedidas, a CCC assumiu postura de arrogância institucional frente aos demais Poderes do Estado.

De modo diverso, no caso dos deslocamentos internos forçados, o posicionamento adotado pela CCC transpareceu uma inclinação ao diálogo institucional, em substituição a postura de supremacia judicial.

In casu, em razão da violência urbana, pessoas de diversas localidades do território colombiano eram obrigadas a se deslocar/migrar, abandonando todas as atividades desenvolvidas nos locais onde moravam. Essas pessoas, majoritariamente vulneráveis, eram invisíveis ao Estado e à sociedade. Foram então direcionadas 108 ações de tutelas à Corte, propostas por 1.150 núcleos familiares. Ao apreciar os pedidos, a CCC identificou afronta a um conjunto de direitos – tais como moradia, saúde, educação, trabalho – e poucos instrumentos legislativos e administrativos voltados a evitar tal violação evidente e já instalada. Tendo em vista que o deslocamento forçado afligia um número de pessoas muito superior àquelas que provocaram a atuação da CCC, a Corte optou por adotar remédios estruturais que alcançassem àqueles em igual situação e que não formularam ações de tutela (GARAVITO; FRANCO, 2015, p.63).

Após declarar o ECI, a CCC expediu ordens flexíveis aos diversos atores estatais envolvidos, cuja atuação seria imprescindível para superar a quadra de inconstitucionalidade sistêmica. Sem detalhar as medidas a serem adotadas, a intervenção da Corte limitou-se

a tão somente definir prazos razoáveis e afirmar a necessidade da implementação de um plano de ação e confecção de políticas públicas, cuja elaboração e definição do conteúdo reservou aos órgãos administrativos competentes, com amplo debate envolvendo a sociedade civil. Nesse sentido, “ao exigir a formulação de políticas e realizar audiências públicas periódicas para discuti-las, o Tribunal estabeleceu um procedimento participativo e gradual de execução” (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 15).

A partir das medidas determinadas pela CCC, a população colombiana – que antes sofria com as ações violentas, sendo obrigada a migrar pelo território sem qualquer atenção dos órgãos do Estado para essa realidade – passou a ser assistida por diversas entidades que, em conjunto, promoveram a redução da outrora massiva violação de direitos humanos fundamentais, expressando o considerável sucesso da proposta decisória formulada pela Corte.

Do confronto dos casos da superlotação carcerária e dos deslocamentos internos forçados, nota-se o amadurecimento da postura assumida da CCC após declarar o ECI. Além de a flexibilidade das ordens emanadas demarcar um traço distintivo em relação aos casos apreciados pela Corte, o ponto nevrálgico do caso da população deslocada (*Sentencia T-025*, de 2004) foi marcado pelo fato de a CCC reter jurisdição sobre a fase de implementação do que determinou (GARAVITO; FRANCO, 2015, p. 66-67) “para impulsionar o cumprimento de suas ordens”, e assim o fez “através de 84 decisões de acompanhamento (autos) e 14 audiências públicas de discussão, que fizeram balanços do trabalho do Governo”, emitindo “novas ordens para promover a proteção dos direitos da população deslocada”. Assim, “a combinação de mecanismos de monitoramento dessas ordens criou espaços públicos de deliberação que ofereceram alternativas inovadoras e potencialmente democratizantes da proteção judicial dos direitos constitucionais” (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 14-15).

O acompanhamento da execução das medidas adotadas, associado à adoção de ordens flexíveis, promotora de diálogos institucionais envolvendo os demais Poderes e a sociedade civil, conduziu à superação do cenário até então configurado na Colômbia e representou o sucesso da *macrosentencia*, assim qualificada a decisão produzida em casos de matriz estrutural, dada a extensão das ordens proferidas (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 14).

5 I AUTOS DE ACOMPANHAMENTO E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Pela realização dos autos de acompanhamento, após o julgamento do caso concreto, ordens sucessivas são emanadas pelo Tribunal na fase de implementação da decisão, solicitando informações e ações concretas, fazendo acompanhamentos pontuais, avaliando o grau de cumprimento da decisão e determinando, caso persistentes as deficiências, o ajustamento das medidas adotadas pelas autoridades públicas (GARAVITO; FRANCO,

2010, p. 85-86). A par disso, pela designação de audiências públicas periódicas, a solução é construída com a participação de todos os atores estatais envolvidos (diálogo institucional) e da sociedade civil (legitimando a solução encontrada), além de reunir informações sobre a efetividade das medidas e o cumprimento da decisão.

Assim, as decisões proferidas no âmbito de um litígio estrutural são qualificadas como ordens judiciais de execução complexa, próprias do ECI, na medida em que, além de direcionar determinações a inúmeros atores, a Corte não encerra seus trabalhos com o pronunciamento jurisdicional, mas acompanha a execução das medidas adotadas na consecução dos fins constitucionais.

Acerca das audiências públicas, é certo que o STF, em diversas ocasiões, já se valeu do mecanismo no âmbito do controle de constitucionalidade para coletar informações relevantes destinadas ao esclarecimento de questões constitucionais relevantes. Em 2013 foi realizada audiência pública para discutir a temática do sistema penitenciário, com vistas a auxiliar a Corte no julgamento do RE 641.320/RS (rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/05/2016), atinente ao cumprimento da pena na falta de estabelecimento adequado e déficit de vagas.

Na oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que “só há três formas de buscar as soluções para a falência do sistema prisional: comprometimento federativo, alocação de recursos financeiros e integração institucional” (cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, “Ministro Gilmar Mendes encerra audiência pública sobre regime prisional”, 28/05/2013), diretrizes às quais se dedica o estado de coisas inconstitucional.

É preciso pontuar que o Poder Judiciário não tem qualquer ingerência sobre o conteúdo das políticas públicas elaboradas: sua atuação é pautada na direção de tão somente promover o diálogo entre os Poderes e supervisionar a fase de execução da política pública, que será confeccionada pelos Poderes Políticos, cujos membros são titulares de mandato eletivo, com a devida chancela popular que fundamenta sua legitimidade democrática.

Nesse aspecto, o Poder Judiciário está autorizado a atuar na medida em que funciona como um coordenador institucional, e sua legitimidade decorre da condição de garantidor da efetividade da Constituição e dos direitos nela consagrados. Ademais, a monitoração por audiências públicas democratiza o debate constitucional e reforça a legitimidade do processo de tomada de decisão.

6 | ADPF 347: RECONHECIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Embora tenha sido contemplado de forma inédita na ADPF n.º 347/DF, a noção subjacente ao ECI já estava presente na jurisprudência do STF. Em março de 2015, em Questão de Ordem nas ADI 4.357/DF e 4.425/DF, acerca da modulação temporal da decisão de inconstitucionalidade da EC 62/09, em voto-vista o Min Luis Roberto Barroso mencionou um “estado de inconstitucionalidade grave e permanente que se instaurou no

país, em relação ao pagamento de condenações judiciais contra a Fazenda Pública” (STF, ADI 4.357 e 4.425-QO).

Além desse caso, no julgamento do RE n.º 592.581/RS, afastando os argumentos da reserva do possível e da separação dos poderes, o STF afirmou a possibilidade de o Poder Judiciário impor à Administração Pública a realização de obras emergenciais em presídios, com esteio na necessidade de se resguardar o postulado da dignidade da pessoa humana e a integridade física e moral dos detentos, independentemente de dotação orçamentária. O Colegiado enfrentou a situação de condições estruturais atentatórias à integridade física e moral dos detentos, e afirmou que “impor ao condenado condições sub-humanas atentaria contra esse objetivo [ressocialização]”. A Corte assentou ainda que o “panorama nacional indicaria que o sistema carcerário como um todo estaria em quadro de total falência [...]. Esse evidente caos institucional comprometeria a efetividade do sistema como instrumento de reabilitação social” (RE n.º 592.581/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/08/2015).

Do indigitado excerto, extrai-se que o Tribunal, na oportunidade, já aludia ao pressuposto fático de configuração do estado de coisas inconstitucional, concernente à violação massiva de direitos fundamentais a indicar a total falência do sistema penitenciário, registrando que a sujeição dos presos a penas que ultrapassam a “mera privação da liberdade prevista na lei e na sentença seria um ato ilegal do Estado” (STF, RE n.º 592.581/RS). O julgamento também asseverou a violação de normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais, de modo que o Poder Judiciário estaria legitimado a intervir para assegurar o cumprimento da ordem constitucional, em homenagem ao postulado da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, inc. XXXV, da CRFB).

Do exposto, nota-se que o STF já afirmava as diretrizes teóricas do ECI antes do seu reconhecimento expresso em sede cautelar na ADPF n.º 347/DF. Contudo, é certo que na ADPF 347 o tema do sistema penitenciário foi discutido pelo STF com maior profundidade, sendo levado ao conhecimento da Corte a possibilidade de uma solução estrutural por ela coordenada a partir da declaração do ECI.

Em breve síntese da exordial, o requerente argumentou a lesão a dignidade da pessoa humana, direito a saúde, educação, trabalho e segurança dos presos, a vedação da tortura e tratamento desumano, acesso à Justiça, proibição de penas cruéis, integridade física e moral, entre outros.

Quanto às condutas administrativas dos órgãos da União e Estados, foi apontado o reduzido número de vagas, que não condiz com a população carcerária existente, sem considerar aqueles em prisão domiciliar e os mandados de prisão não cumpridos; a omissão em garantir condições mínimas de salubridade nas celas, segurança e integridade física dos internos e a aplicação de sanções administrativas sem o devido processo legal.

Foi ainda consignado o contingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), “frustrando o repasse de valores vultosos aos Estados, e dificultando, com isso, a adoção das medidas necessárias à melhoria das condições carcerárias no

país” (cf. Petição inicial da ADPF 347/DF, p. 16-17). Segundo o requerente, os recursos do fundo não estavam sendo destinados ao atendimento da finalidade para a qual foi criado.

Acerca do Poder Judiciário, em síntese, a petição aludiu a “ações, omissões e interpretações jurídicas contrárias à Constituição”, com destaque para a ausência de fundamentação quanto ao não cabimento das medidas cautelares diversas da prisão e interpretação de normas de execução penal.

Ademais, foi pontuada a inobservância dos arts. 9.3, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, e 7.5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de onde se extrai “o direito à audiência de custódia, cuja observância poderia contribuir para a redução da superlotação das prisões” (cf. Petição inicial da ADPF 347/DF, p. 17).

Relativamente ao Poder Legislativo, o requerente asseverou a opção por “políticas criminais absolutamente insensíveis ao drama carcerário brasileiro, que agravam a superlotação dos presídios e não geram a almejada segurança para a sociedade” (cf. Petição inicial da ADPF 347/DF, p. 17).

Em que pese a Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) garanta inúmeros direitos aos presos, o diploma legal é manifestamente inobservado, e diante do crescimento exponencial da população carcerária, resta comprometida a proteção legal nele contemplada. Assim, a vigência da LEP não exime de responsabilidade o Poder Legislativo, cuja atividade legiferante não se mostra alinhada à busca por alternativas normativas que garantam a redução da superpopulação carcerária e a proteção eficiente dos direitos dos presos, ficando configurada, nesse ponto, a sua omissão.

O voto do Ministro Marco Aurélio contemplou os pressupostos indispensáveis à configuração do ECI, como se extrai do seguinte excerto:

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo. [...] assiste-se à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento das obrigações estabelecidas em favor dos presos. Verifica-se situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada é feito pelos Poderes Executivo e Legislativo para transformar o quadro. A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública [...], e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo (STF, ADPF 347/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 26-27).

Entre os pedidos formulados, o Pretório Excelso concedeu parcialmente a cautelar para determinar aos Juízos e Tribunais a realização das audiências de custódia em até 90 dias, “viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão”; e para determinar à União o descontingenciamento “do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos” (STF, ADPF 347/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015, p. 4).

A partir do acórdão publicado e da sessão de julgamento da medida cautelar na ADPF n.º 347, nota-se que o Tribunal reconheceu o ECI tal como concebido na jurisprudência consolidada da Corte Colombiana. Os votos dos ministros mostraram a inclinação do Supremo Tribunal para, reconhecendo que o sistema carcerário brasileiro transparece a existência um estado de coisas inconstitucional, e assentados seus pressupostos, incorporar à jurisprudência nacional o remédio purificado pela Corte Colombiana ao longo dos anos.

De acordo com os dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entre outubro de 2015 e junho de 2017, é possível afirmar que o reconhecimento do ECI produziu um resultado inicial destacadamente positivo na redução do número de prisões preventivas: do total de 258.485 audiências de custódia realizadas, 115.497 (44,68%) resultaram na liberdade dos investigados. É certo que o real impacto na redução da superpopulação carcerária desde a implementação da medida somente poderá ser aferido após decorrido certo lapso temporal. Contudo, não se pode negar a redução do número de prisões desnecessárias que, antes da realização das audiências de custódia, poderiam ser concretizadas em clara violação à ordem constitucional.

Em reação à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADPF 347 (09/09/2015), pouco mais de 1 ano depois foi editada a Medida Provisória 755 (19/12/2016), que previu a possibilidade de parte dos recursos do FUNPEN receberem destinação diversa do sistema penitenciário, como o investimento na área de segurança pública. Em 9 de janeiro de 2017, o requerente da ADPF n.º 347 apresentou um aditamento de modo a impugnar tal previsão. Em 23 de maio de 2017, a eficácia da MP 755 foi suspensa pela edição da MP 781, convertida na Lei 13.500/17, que manteve a possibilidade de destinação de recursos para área da segurança pública (art. 3.º, XVII, da LC/94 n/f Lei 13.500/17).

Embora o Poder Executivo não esteja vinculado às decisões do STF proferidas no âmbito do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade ao editar medida provisória, exercendo função legislativa atípica, é certo que tal postura afronta o entendimento do Supremo Tribunal, tendo em vista o teor da decisão no RE 592.581 (possibilidade de o Poder Judiciário determinar à Administração Pública a realização de obras emergenciais em presídios) e na ADPF 347 (descontingenciamento dos recursos do Fundo para o investimento no sistema penitenciário). Portanto, resta clara a reação dos Poderes Executivo e Legislativo (ao converter a MP em lei), burlando de forma oblíqua a decisão do

STF, na medida em que permite que os recursos deixem de ser investidos exclusivamente na melhoria do sistema penitenciário.

71 CONCLUSÃO

O reconhecimento do ECI representou uma alternativa na superação de violações de direitos fundamentais em casos de solução complexa na Colômbia, com a intervenção estrutural da Corte Constitucional sobre o problema, visando a formulação de políticas públicas eficazes pelos Poderes Políticos, de modo coordenado.

Contudo, no contexto de correção de falhas estruturais, o êxito do ECI diante do quadro específico de generalizada inconstitucionalidade e bloqueios políticos e institucionais depende, fundamentalmente, de dois fatores: o diálogo institucional e a conservação da jurisdição da Corte Constitucional.

A postura dialógica dos Poderes do Estado informa uma abertura à cooperação, por parte das instâncias judiciais, legislativas e administrativas. Desse modo, ao coordenar as atuações dos Poderes Legislativo e Executivo, devem as Cortes reconhecer a legitimidade democrática dessas instituições e agir com deferência à sua vontade, sem adotar uma postura de supremacia judicial que anule o debate político, mas conservando tais espaços de discussão.

Ademais, nota-se que o sucesso no afastamento das inconstitucionalidades sistemáticas reside, em igual medida, na jurisdição supervisória da Corte Constitucional, materializada por autos de acompanhamento e audiências públicas, destinados a monitorar e aferir o progresso na proteção aos direitos fundamentais.

Portanto, no julgamento do mérito da ADPF n.º 347/DF, é desejável que Supremo Tribunal Federal esteja de fato inclinado ao diálogo institucional, e que os Poderes Executivo e Legislativo, em igual medida, mostrem-se alinhados às diretrizes apontadas pela decisão proferida, diferentemente da tensão institucional que tem sido revelada na interação entre os Poderes.

REFERÊNCIAS

ARIZA, Libardo José. *The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia*. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ementas dos acórdãos citados no texto**. Disponíveis em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 01.02.2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. JOTAMundo, 04/05/2015a. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional e Litígio Estrutural**. CONJUR, 01/09/2015b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. **Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”?**. CONJUR, 15/10/2015c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. **Sentencias citadas**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>>. Acesso em: 01.02.2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; PÉREZ HUALDE, Alejandro (Coord.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 711-746.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

_____; _____. Cortes y Cambio Social. **Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

PLANALTO. **Medida provisória n.º 755, de 19 de dezembro de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv755.htm>. Acesso em: 15 de março de 2018.

_____. **Lei 13.500, de 26 de outubro de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13500.htm>. Acesso em: 15 de março de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, “**Ministro Gilmar Mendes encerra audiência pública sobre regime prisional**”. 28/05/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=239699>>. Acesso em: 15 de março de 2018.

WEAVER, Russel L. **The Rise and Decline of Structural Remedies**. San Diego Law Review Vol. 41, 2004, p. 1617-1632.

CAPÍTULO 9

ANÁLISE CRÍTICA DA CONVENÇÃO DE AARHUS EM MATÉRIA AMBIENTAL SOB A ÓTICA DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: ACESSO À INFORMAÇÃO, À JUSTIÇA E PARTICIPAÇÃO NA TOMADA DE DECISÃO

Data de aceite: 01/10/2020

Data de submissão: 30/06/2020

Manoel Coracy Saboia Dias

Universidade Federal do Acre, Rio Branco (AC)
<http://lattes.cnpq.br/9920141504285314>

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes

Universidade de Brasília, Brasília (DF)
<http://lattes.cnpq.br/2970590240967422>

RESUMO: O objeto da pesquisa é analisar a Convenção de Aarhus em matéria ambiental sob o enfoque do Estado Constitucional Cooperativo, privilegiando o acesso à informação, à justiça e a participação na tomada de decisão. Objetivo geral é compreender a referida Convenção como forma de implementar o Estado Cooperativo para a proteção ambiental, na figura do *Amicus curiae*. Objetivos específicos são os seguintes: destacar que o governo brasileiro não ratificou a referida Convenção como corolário do Estado Ambiental Cooperativo; valorizar a construção teórica de Häberle, que trata a cooperação internacional como responsabilidade internacional. Será utilizado método indutivo, fonte bibliográfica, técnicas do referente, categoria, conceito operacional e fichamento.

PALAVRAS-CHAVE: Estado constitucional cooperativo, Convenção de Aarhus, Cooperação internacional ambiental, Ordenamento jurídico brasileiro, *Amicus curiae*.

CRITICAL ANALYSIS OF THE AARHUS CONVENTION ON ENVIRONMENTAL ISSUES FROM THE POINT OF VIEW OF THE CONSTITUTIONAL COOPERATIVE STATE: ACCESS TO INFORMATION, JUSTICE AND PARTICIPATION IN DECISION MAKING

ABSTRACT: The aim of research is to analyze the Aarhus environmental Convention under the Cooperative Constitutional State approach, favoring access to information, justice and participation in decision making. The general object is to understand Convention as a way of implementing the Cooperative State for environmental protection, in the figure of *Amicus curiae*. Specific objectives: to point out that Brazilian government did not ratify the Convention as a corollary of the Cooperative Environmental State; value theoretical construction of Häberle which treats international cooperation as international responsibility. It will be used inductive method, bibliographic source, relative technique, category, operational concept and book report.

KEYWORDS: Constitutional state cooperative, Aarhus convention International environmental cooperation, The Brazilian legal system, *Amicus curiae*.

1 | INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, embora preveja constitucionalmente amparo aos direitos humanos ambientais, encontra-se a um passo para trás no direito internacional dos direitos humanos, por ainda não ter ratificado a

Convenção de Arhus. Trata-se da Convenção sobre o Acesso à Informação, à Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Questões Ambientais, denominada Convenção de Aarhus, assinada na cidade de Aarhus, Dinamarca, no dia 25 de Junho de 1998, durante a 4ª Conferência Ministerial Ambiente para a Europa. A Convenção está em vigor em vários países, bem como na União Europeia, a partir do dia 30 de outubro de 2001. O propósito do presente trabalho de pesquisa é analisar, de forma crítica, a Convenção de Aarhus em matéria ambiental, sob a ótica do Estado Constitucional Cooperativo, privilegiando o acesso à informação, à participação pública na tomada de decisões e o acesso à justiça em questões ambientais.

Uma vez ratificada no Brasil, a Convenção fortaleceria o campo de direitos humanos e de direito ambiental nacional com os seus princípios e instrumentos, conectando-os com as regras de cooperação brasileira, a exemplo do caput do artigo 225 da Constituição Federal ou ainda o previsto nos artigos 77 e 78 da Lei nº 9.605/98, entre outras. O fortalecimento da responsabilidade no campo do direito internacional ambiental poderia ocorrer pelo acesso à justiça nos instrumentos jurídicos brasileiros conectados à Convenção de Aarhus, isso porque o princípio da cooperação é fortemente relacionado com o acesso à informação, à participação e à justiça, e a Convenção contribui para uma internacionalização desse entendimento, uniformizando o tratamento a ser dado para esses direitos ao ser internalizada nos diferentes países, facilitando o diálogo entre os sistemas jurídicos de diferentes nacionalidades nesse assunto.

A uniformização, uma das modalidades de internacionalização dos direitos, é aqui baseada no entendimento de Delmas Marty e consiste em adaptar as regras nacionais às regras definidas nas convenções internacionais. Outras modalidades de internacionalização são a unificação, que ocorre quando a norma internacional substitui a norma nacional; e a harmonização, que tem lugar quando os sistemas jurídicos são incomensuráveis, impossibilitando a aproximação entre os sistemas por incompatibilidade de conceitos (*Vide* Mais sobre o assunto: LIMA, Gabriela Garcia Batista. **A internacionalização dos direitos e a incomensurabilidade de valores**: sua proposta como reflexo de uma tradição. In: XVII Congresso Nacional CONPEDI, 2008, 2008, Brasília. XVII Congresso Nacional CONPEDI - XX anos de Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios. Brasília - (em novembro 2008): Conselho Nacional de Pesquisa e pós-graduação em Direito, 2008; DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II)**. Le pluralism ordonné. Édition du Seuil, 2006, p. 36).

Pontua-se, aqui, uma crítica à não ratificação da Convenção pelo Estado brasileiro, construção teórica de Peter Häberle segundo a cooperação internacional como responsabilidade internacional ou para o mundo por ser um pressuposto comum a toda humanidade. A escolha do tema justifica-se pelo fato de que o processo de ratificação da Convenção de Aarhus já ter sido concluída. Dessa forma, a referida Convenção poderia e deveria ser utilizada pelo Supremo Tribunal Federal como forma de implementação de

Estado Cooperativo para a proteção do meio ambiente na figura do *Amicus Curiae*. O instituto do *Amicus curiae* é instrumento de realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais, permitindo a concretização do processo justo, ou seja, um processo capaz de realizar a entrega da tutela jurisdicional justa e adequada.

Do ponto de vista processual, o acesso à justiça ambiental também poderia ser fortalecido pela Convenção. As Cortes nacionais podem servir de acesso à justiça, por vezes negligenciada no campo nacional do local do dano ou ainda no campo internacional das Cortes Internacionais, como foi próximo do que aconteceu no caso Erika, na França, ou o caso Conocophillips, de dano ambiental, ocorrido na China, mas pleiteado nos Estados Unidos. Uma possibilidade seria, então, que a Convenção de Aarhus, uma vez ratificada, fortaleceria a possibilidade de uso de instrumentos de acesso à justiça ambiental, próprios do processo coletivo brasileiro, como a lei de acesso à informação, o Habeas Data, a Ação Civil Pública e a Ação Popular, que poderiam ser veiculados no Brasil como uma forma de acesso à justiça ambiental, negligenciada no campo da responsabilidade internacional ambiental.

A Convenção de Aarhus não constitui apenas um acordo internacional em matéria ambiental, mas é a aplicação de um princípio de transparência na relação entre Estado e cidadão ao tratar do procedimento a ser implementado para se ter garantido o acesso à participação, à informação e à justiça. Trata-se de uma Convenção que aprimora o reconhecimento internacional sobre a relação entre os direitos ambientais e os direitos humanos, “assumindo que o desenvolvimento sustentável só poderá ser atingido com o envolvimento de todos os cidadãos e dando relevo às interações que se devem estabelecer entre o público e as autoridades, aos mais diversos níveis, em um contexto democrático”. Faz-se referência aqui à *Carta de São Paulo em prol da Convenção de Aarhus*. In: OBSERVATÓRIO ECO *et al.* **Carta a favor da adoção da Convenção de Aarhus no Brasil, 01 de setembro de 2010**. Disponível em: <<https://observatorio-eco.jusbrasil.com.br/noticias/2410368/carta-a-favor-da-adoacao-da-convencao-de-aarhus-no-brasil>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

Para tanto, a pesquisa em epígrafe foi organizada em três partes: a primeira trata do Estado Constitucional Cooperativo, aborda o problema, o conceito e os pontos de partida (1); a segunda analisa a Convenção de Aarhus (2); e a terceira parte do trabalho estuda a cooperação internacional em matéria ambiental no ordenamento jurídico brasileiro (3), em especial, acerca do *Amicus curiae*, da lei de acesso à informação, do *Habeas Data*, da ação popular e da ação civil pública, entre outros. São instrumentos que serviriam ao cumprimento da Convenção e teriam na Convenção um suporte internacional.

21 O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Häberle (2007) considera que os motivos que levaram à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos e dois deles podem ser identificados de forma mais clara: o aspecto sociológico-econômico e o aspecto ideal-moral.

Nesse sentido, em “Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta” (2002), Häberle afirma que:

O Estado constitucional cooperativo é aquele que de forma “ativa” se ocupa dos demais Estados, se ocupa também das demais instituições nacionais e supranacionais, assim como igualmente dos cidadãos de seus respectivos países, cidadãos que já não o são de modo algum “estranhos”, do mesmo modo em que sua abertura a todo o relativo ao meio ambiente se converte em uma “abertura ao mundo” (HÄBERLE, 2013, p. 259).

No entanto, o paradigma do Estado Constitucional Cooperativo foi desenvolvido primeiramente por Peter Häberle, de 1977 a 1978, por ocasião da publicação do ensaio com o mesmo nome e da contribuição para a discussão no Simpósio dos Professores Alemães de Direito Público, ocorrido em Basiléia, em 1977.

No Capítulo 1 da obra “Estado Constitucional Cooperativo” (2007), Häberle afirma que “o tipo de Estado Constitucional ocidental livre e democrático não é, como tal, imutável”. Séculos foram necessários para se moldar o “conjunto” dos elementos estatal e democrático, de direitos fundamentais individuais e, por fim, sociais e culturais, e o futuro continuará a desenvolvê-los (p. 1).

Ora,

O Estado Constitucional ocidental é concebido como tipo atual, e sua existência como tal é que permite, nesse quadro, modificações em uma extensão consideravelmente variável: decisiva é sua estrutura constituída, ou seja, juridicamente delimitada, e decisiva é a sua estrutura aberta – tanto para o dentro como para fora. Ela é garantida pela democracia pluralista, por direitos fundamentais, por elementos da divisão de poderes que devem ser ampliados no âmbito da sociedade, e por um Poder Judiciário independente (HÄBERLE, 2007, p. 2).

Por conseguinte, a “Cooperação será, para o Estado Constitucional, uma parte de sua identidade que ele, no interesse da “transparência constitucional”, não apenas deveria praticar como, também, documentar em seus textos jurídicos, em especial nos documentos constitucionais” (HÄBERLE, 2007, p. 3-4).

Na concepção de Häberle:

‘Estado Constitucional Cooperativo’ é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz (HÄBERLE, 2007, p. 4).

Nesse sentido, “o Estado Constitucional Cooperativo é a resposta interna do Estado Constitucional ocidental livre e democrático à mudança no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação” (HÄBERLE, 2007, p. 10).

Nesse ponto, hoje “o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional” (HÄBERLE, 2007, p. 11).

Mas o que é próprio do “Estado Constitucional Cooperativo” (HÄBERLE, 2007, p. 70-71)?

Vejamos:

1) abertura para relações internacionais com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno (permeabilidade), também no acento da abertura global dos direitos humanos (não mais cerrados no domínio reservado) e de sua realização “cooperativa”;

2) potencial constitucional ativo, voltado ao objetivo (e elementos isolados nivelados) de realização internacional “conjunta” das tarefas como sendo da comunidade dos Estados, de forma processual e material;

3) solidariedade estatal de prestação, disposição de cooperação para além das fronteiras: assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também em nível jurídico privado (Cruz Vermelha, Anistia Internacional).

Häberle conclui no sentido de que

O Estado constitucional cooperativo se coloca no lugar do Estado constitucional nacional. Ele é a resposta jurídico-constitucional à mudança do Direito Internacional de coexistência para o direito de cooperação na comunidade (não mais sociedade) de Estados, cada vez mais imbricada e constituída, e desenvolve com ela nela o “direito comum de cooperação”. A Sociedade aberta dos interpretes da Constituição torna-se internacional! (HÄBERLE, 2007, p. 71).

31 A CONVENÇÃO DE AARHUS: CONVENÇÃO SOBRE ACESSO À INFORMAÇÃO, PARTICIPAÇÃO DO PÚBLICO NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO E ACESSO À JUSTIÇA EM MATÉRIA AMBIENTAL

O objetivo da Convenção de Aarhus é “contribuir para a proteção do direito que qualquer indivíduo, das gerações atuais ou futuras, tem de viver num ambiente adequado à sua saúde e bem-estar, cada Parte garantirá os direitos de acesso à informação, a participação do público e ao acesso à justiça, em matéria de ambiente” (Art. 1º), sendo estes três aspectos considerados como os seus três pilares fundamentais.

O tripé da Convenção de Aarhus - Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça - constitui parte integrante do Direito Internacional do Meio Ambiente

contemporâneo, além de transpor que os limites de consensos regionais sobre o meio ambiente devem ser protegidos pelos Estados.

Segundo Sgarioni e Rammê (2012), os três pilares da Convenção se justificam:

No domínio do ambiente porquanto além de aumentar a qualidade das decisões e reforçar sua aplicação, contribuem para a sensibilização do público para as questões ambientais, ensejando a possibilidade de manifestação das preocupações e permitindo às autoridades públicas tomar conhecimento das preocupações manifestadas (SGARIONI; RAMMÊ, 2012, p. 736).

(...)

Portanto, mesmo com a aceitação da Convenção de Aarhus, ainda será necessária a admissão de valores e regras existentes em outros tratados internacionais que porventura o Estado brasileiro ainda não tenha aderido, tudo com vistas a uma efetiva ética ambiental preocupada com as graves questões que envolvam o meio ambiente e consagrando a abertura do Estado para o rumo de um Estado Ambiental Cooperativo” (SGARIONI; RAMMÊ, 2012, p. 737).

Segundo Mazzuoli e Ayala:

Apesar de se tratar de um acordo inicialmente regional em matéria ambiental, pode-se dizer que os princípios que provêm de Aarhus têm conotação global, notadamente pelo fato de versar um tema de interesse de toda sociedade internacional, já delineado no Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992. Em outras palavras, ao abrir aos cidadãos o acesso à informação mantida pelas autoridades públicas, a Convenção de Aarhus dá um passo importante em termos de superação da democracia formal pela democracia substancial. Além do mais, ao permitir a Convenção o ingresso de “qualquer outro Estado (...) que seja membro das Nações Unidas (...) após a aprovação em Reunião das Partes (art. 19, parágrafo 3º), está ela contribuindo para catalisar os esforços da sociedade internacional rumo àquilo que se pode chamar de “controle externo” das atividades estatais no que tange à proteção efetiva do meio ambiente em escala global” (MAZZUOLI; AYALA, 2012, p. 312).

(...)

A garantia de acesso à informação e de intervenção nos processos de formação das decisões constituem, desse modo, elementos indispensáveis para o fim de se viabilizar padrões mais elevados de qualidade de vida; padrões que sejam o resultado de escolhas públicas e privadas, individuais ou coletivas, e que são, e deve, ser sempre, escolhas bem informadas, segundo o estado de conhecimento disponível (MAZZUOLI; AYALA, 2012, p. 313).

Por conseguinte, o acesso à informação possui dois objetivos: “o desenvolvimento pessoal do indivíduo pela obtenção de conhecimento e a transparência do Estado que possua uma cultura de acesso livre às informações que sejam de interesse social” (SCHLACKE; SCHARADER; BUNGE, 2009 *apud* DIZ e DISCACCIATI, 2015, p. 78).

A Convenção expõe ainda alguns preceitos procedimentais para o acesso à informação, à participação e à justiça, a fim de operacionalizá-los na relação entre Estado e cidadão. São requisitos mínimos previstos no texto a ser garantidos para a implementação do direito à informação, a participação e à justiça. Por exemplo, é exigido do Estado que ofereça às informações sobre a qualidade ambiental (Art. 4º), uma vez requisitado por um cidadão; um sistema de informação ambiental deve ser implementado (Art. 5º), que o estado ofereça formas de participação do público nas tomadas de decisão (Art. 6º), que haja a previsão de um instrumento de acesso à justiça próprio para lidar com o direito à informação e à participação (Art. 9º).

A aplicação da Convenção ainda sofre alguns entraves políticos e jurídicos pela difícil harmonização de regras chaves como a aplicação do artigo 9º. Nesse sentido, interessante ressaltar o estudo sobre a dificuldade de lidar com o conceito de “público em causa”, que depende do enquadramento jurídico como aqueles “que tenham um interesse suficiente” (Art. 9, §2). Nesse caso, os Estados membros acabam limitando a legitimidade do substituto processual no enquadramento do que seria esse “interesse suficiente” e, por conseguinte, casos em que poderia haver o enquadramento são excluídos por uma definição restrita de interesse suficiente na causa. É o caso de legislações que restringem a reparação de dano ao proprietário (de cunho individual) – que teria o interesse suficiente na causa por ser proprietário, limitando, em larga medida, o acesso à justiça ambiental, que lida com um objeto jurídico de propriedade diversa (no caso do direito brasileiro, de propriedade difusa). Organizações não governamentais, por exemplo, podem sentir dificuldade em defender os objetivos da Convenção de Aarhus se a legislação limita a legitimidade para estar em juízo de forma não adaptada à propriedade difusa ou coletiva. São constatações do estudo de vários países em 2009 sobre a prática na Convenção. O estudo cita, por exemplo, a dificuldade de lidar com o direito austríaco, que limita a exigência da responsabilidade pelo dano ao direito do proprietário lesionado, visto em cunho individual e não coletivo, como é necessário no direito ambiental. Na Eslováquia, por exemplo, a lei restringe a participação de organizações não governamentais a procedimentos de licenciamento ambiental e não no acesso à justiça (*Verde* mais sobre o assunto: REPÚBLICA CHECA, AUSTRIA, ESTONIA, HUNGRIA, POLÔNIA, ESLOVÁQUIA, ESLOVÊNIA. Selected Problems of the Aarhus Convention application based on experience and court practice of NGOs in: **7 EU countries**, 2009).

Com requisitos mínimos, a Convenção é um instrumento de uniformização (DELMAS-MARTY, 2008) de regras de direito ambiental, buscando aproximar a legislação ambiental dos países para objetivos em comum, devendo cada país realizar do modo como considerar mais apropriado ao seu campo nacional. A legislação ambiental brasileira já prevê vários instrumentos que aplicam os objetivos da Convenção mesmo sem a sua ratificação, tal como se vê em seguida. Já com instrumentos presentes, a Convenção viria a fortalecer esses instrumentos no Brasil.

4 I A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA AMBIENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A cooperação implementada pelo direito brasileiro se alinha à Convenção de Aahus e poderia fortalecer o acesso à justiça no direito internacional ambiental, ao considerarmos os direitos nacionais como uma possibilidade de complementação da complexa responsabilização internacional por dano ambiental. Para tratar melhor sobre o assunto, abordam-se, primeiro, os aspectos gerais da cooperação no Estado brasileiro (4.1), para em seguida se falar brevemente de alguns dos instrumentos brasileiros que aplicariam a Convenção de Aahus (4.2) e posteriormente se suscitar como os instrumentos brasileiros poderiam fortalecer o campo do direito internacional ambiental (4.3).

4.1 A cooperação no direito brasileiro: aspectos gerais

A cooperação é um dos princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevista no art. 4º, inciso IX, e no parágrafo único. Por seu turno, o art. 5º, parágrafo 2º, prevê que “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”.

Mazzuoli e Ayala (2012) destacam que o termo “cooperação” começou a ganhar ênfase no plano internacional com a Carta das Nações Unidas (Art. 1º, parágrafo 3º), quando ali se previu ser um dos propósitos da ONU conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e “para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (MAZZUOLI, 2011, p. 620-621).

Vejamos *ipsis litteris* os artigos 55 e 56 do Capítulo IX - Cooperação Econômica e Social Internacional, da Carta das Nações Unidas, concluída e assinada, pelos respectivos Plenipotenciários, em São Francisco, a 26 de junho de 1945:

Artigo 55. Com o fim de criar condições e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

- a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos: a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e
- c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Artigo 56. Para a realização dos propósitos enumerados no artigo 55, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunta ou separadamente.

Especificamente no que tange à cooperação para fins de proteção e de melhoramento do meio ambiente, o Princípio 24 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972) dispôs o seguinte:

Todos os países, grandes ou pequenos, devem empenhar-se com espírito de cooperação e em pé de igualdade na solução das questões internacionais relativas à proteção e melhoria do meio. É indispensável cooperar mediante acordos multilaterais e bilaterais e por outros meios apropriados, a fim de evitar, eliminar ou reduzir, e controlar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizam em qualquer esfera possam acarretar para o meio, levando na devida conta a soberania e os interesses de todos os Estado.

No Fórum de Siena, ocorrido entre os dias 17 a 21 de abril de 1990, preparatório para a Conferência do Rio de Janeiro de 1992, o dever de cooperação entre Estados para a preservação do meio ambiente ficou assim colocado:

A obrigação de cooperar manifesta-se como um dever de agir de boa fé, a fim de atingir-se uma meta de interesse geral, em face dos Estados diretamente envolvidos, representando também o interesse da comunidade internacional no seu conjunto. Traçar uma lista de ações precisas a serem levadas a cabo é uma tarefa impossível, pois cada situação deve ser avaliada à luz das características específicas em cada caso. Contudo, podem-se citar algumas ações do tipo de cooperação, referentes aos Estados. Trata-se, em particular, das obrigações relativas à informação, à notificação, à assistência mútua e à negociação. Tais ações, frequentemente, completam os sistemas de proteção do meio ambiente elaborados pelo Direito Internacional.

Na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), o tema voltou à tona, tendo o seu Princípio 7 estabelecido que “os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre”.

No âmbito do MERCOSUL, cabe destacar o Acordo Quadro sobre Meio Ambiente do MERCOSUL, celebrado em Assunção, Paraguai, em 22 de junho de 2001, e ratificado pelo Brasil em 9 de outubro de 2003, que resulta, logo em seu segundo considerando, a necessidade de “cooperar para a proteção do meio ambiente e para a utilização sustentável dos recursos naturais, com vistas a alcançar a melhoria da qualidade de vida e o desenvolvimento econômico, social e ambiental sustentável”.

Por conseguinte, na concepção de Mazzuoli e Ayala:

Todas essas normas internacionais serão paradigmas para a cooperação internacional em matéria de proteção ambiental, tal como previsto por diversas legislações contemporâneas, e, no Brasil, pela Lei 9.605/1998, nos seus artigos 77 e 78. Tais dispositivos refletem, portanto, o engajamento do Estado brasileiro para com a proteção do meio ambiente, nas ordens

nacional e internacional, especialmente (mas não exclusivamente) na seara da cooperação para fins penais, de acordo com as regras nacionais sobre o tema e com os tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é parte. (MAZZUOLI; AYALA, 2012, p. 300).

Mazzuoli e Ayala (2012) afirmam que, ainda que não existissem os artigos 77 e 78 da Lei dos Crimes Ambientais em nossa ordem jurídica, a obrigação do Estado brasileiro de cooperar (não somente em matéria penal) com outros países se faria presente, uma vez que o Brasil é parte dos principais tratados em matéria de proteção do meio ambiente, que têm inclusive status diferenciado na ordem jurídica interna (no nosso entender, esse status é de “norma constitucional”), por pertencerem à categoria de tratados de direitos humanos *lato sensu*.

Na concepção de Mazzuoli e Ayala (2012), outro motivo é ter a Constituição Federal de 1988 consagrado, no seu artigo 4º, II e IX, os princípios da prevalência dos direitos humanos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, em que indubitavelmente se inclui a proteção do meio ambiente, nestes termos:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II – prevalência dos direitos humanos; (...)

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Desta forma, como se constatou, o Estado brasileiro se obriga, por meio de lei, a cooperar internacionalmente para a preservação do meio ambiente, ou seja, pode-se afirmar que tanto a Convenção de Aarhus, em âmbito internacional, quanto a Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003, em âmbito nacional, representam um avanço para a preservação do meio ambiente para as presentes e as futuras gerações.

4.2 Os instrumentos brasileiros de aplicação da convenção de aarhus

O acesso à informação, à participação e à justiça no direito brasileiro possui seus próprios instrumentos. Abordam-se aqui apenas alguns deles como forma de ilustrar a aplicação da Convenção de Aarhus no cenário brasileiro: instrumentos de cunho administrativo para informação e participação (4.2.1) e instrumentos de cunho processual de acesso à justiça (4.2.2)

4.2.1 *Os instrumentos de cunho administrativo para informação e participação*

A informação e a participação são princípios constitucionais presentes no artigo 225 da Constituição Federal, devendo ser implementados pela Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938/81) e outras leis e permeiam as exigências dos instrumentos de direito ambiental presentes nessa política.

São instrumentos, nesse sentido, o Sistema Nacional de Informação sobre meio Ambiente (SINIMA, inciso VII, artigo 9º da Lei nº 6938/81), que visa ao compartilhamento de informações entre os diversos sistemas existentes (conforme Portaria 160 de 19 de maio de 2009, do Ministério do Meio Ambiente); às audiências públicas em licenciamentos ambientais, instrumento de participação popular na tomada de decisão (regulamentada pela Resolução 09 de 1987 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA); e à lei de acesso à informação, Lei nº 12.527/2011, voltada precisamente à aplicação de um procedimento a ser seguido no Estado brasileiro para a solicitação de informações - entre elas, ambientais - pelo cidadão.

Claro que cada um desses instrumentos possui os seus próprios desafios, por exemplo, a insuficiência do SINIMA para garantir o acesso à informação, devido à linguagem técnica excessiva, cuja utilização pela população em geral é difícil (EVANGELISTA, 2016); a insuficiência das audiências públicas na real participação na tomada de decisão propriamente dita já podem acabar se resumindo em mera consulta sem caráter vinculante, entre outras questões (MARTINI; SOUZA-LIMA, 2015); e a dificuldade de execução da lei de acesso à informação (TELES, 2014). No entanto, são uma resposta institucional do Estado brasileiro ao reconhecimento da obrigação de se implementar o acesso à informação e à participação e que devem, cada um dos instrumentos, seguir o seu caminho de aprimoramento.

4.2.2 *Instrumentos de cunho processual de acesso à justiça*

Do ponto de vista processual, há o *Habeas Data* (Art. 5º, LXXII; Art. 102, I, “i”; Art. 102, II, “a” da Constituição Federal, entre outros), que visa assegurar o acesso a informações relativas à pessoa, sendo possível uma interpretação que estende ao direito a informação ambiental como direito humano e, portanto, passível de utilização no direito ambiental. Há ainda a Ação Civil Pública e a Ação Popular.

A ação civil pública é um instrumento de acesso à justiça, previsto na Lei nº 7.347/85 para a responsabilização por danos morais e patrimoniais, causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ou qualquer outro direito de interesse difuso ou coletivo (Art. 1º). Deve ser impetrada no local onde ocorrer o dano e por um dos detentores da legitimidade ativa (Art. 5º), entre eles, associações que tenham pelo menos um ano de existência e inclua entre suas finalidades a proteção dos direitos ambientais.

A ação popular, por sua vez, tem por objeto a anulação do ato lesivo do Estado, podendo ser pleiteada por qualquer cidadão (Lei nº 4.717/65), podendo ser utilizada, por exemplo, contra atos administrativos ou lei do Estado brasileiro que viole patrimônio público, inclusive bens e direitos de valor artístico, podendo aqui ser enquadrado direito humano ou ambiental, violado por ato de autoridade do Estado. Deve ser instaurada na jurisdição de origem do ato impugnado.

O *Amicus curiae* é outro instrumento que serviria aos fins da Convenção de Aarhus. Vejamos. A abertura do processo judicial relaciona-se ao panorama da pós-modernidade, sendo parte do direito de participação no Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais não se restringem aos expressamente positivados na ordem jurídica constitucional, mas a todos aqueles que a eles são equiparados por força Constitucional. A figura do *Amicus curiae* tem sua noção cada vez mais ampliada, porque a participação de interessados no debate judicial é resultado do princípio democrático, da necessidade dos cidadãos de expressar anseios e pontos de vista, que converge com a utilidade da Corte em conhecer a realidade da sociedade.

O *Amicus curiae* exerce a função de integração, muito relevante ao Estado de Direito, como instrumento de democracia e da realização dos direitos fundamentais, contribuindo para a realização da prestação jurisdicional mais segura e completa, bem como garante a realização de um processo justo. A necessidade de solução dos diversos casos concretos fortalece a influência das decisões judiciais, aumentando o poder dos magistrados, que, diante dos fatos da vida, tendem a cumprir as decisões dos tribunais na criação do direito (SCALIA, 1997, p. 39).

O Brasil adotou o sistema da *civil Law*; porém, atualmente, observa-se influência da *common Law* nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o que representa um aumento da participação popular na tomada de decisões judiciais. Entre os institutos que permitem a participação do cidadão na construção da opinião das Cortes Supremas em matéria constitucional, destaca-se a figura do *Amicus curiae* ou também denominado “amigo da Corte”. Trata-se de mecanismo processual descrito no artigo 7º, § 2º da Lei nº 9.868/1999.

Na concepção de Becker (2015), *Amicus curiae* é uma expressão latina que significa “amigo da Corte” ou “amigo do Tribunal”. Trata-se de pessoa ou de entidade estranha à causa que vem auxiliar o Tribunal, provocada ou voluntariamente, oferecendo esclarecimentos sobre questões essenciais ao processo.

A Lei nº 9.868/1999 trouxe a previsão do instituto do *Amicus curiae* de forma mais ampla, na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e nos demais processos de efeito concreto. Trata-se de passo essencial ao reconhecimento do *Amicus curiae* no Brasil. Antes dessa lei, o *Amicus curiae* somente colaborava de maneira informal no processo de jurisdição constitucional, sem a representatividade devida, somente juntava memoriais fora do curso do processo, na capa dos autos, ainda não integrava o processo de jurisdição constitucional (GONTIJO; SILVA, p. 87).

Após o advento da referida lei, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a atuação do *Amicus curiae* no curso do processo e permitir sua integração na jurisdição constitucional pela juntada de documentos, mas sem a possibilidade de interferência oral nas discussões da Corte. A sustentação oral do *Amicus curiae* demorou para ser reconhecida pela Suprema Corte, somente após a pressão social para que as decisões se aproximassem cada vez mais dos interesses da sociedade, por meio das ADIs nºs 2.675 e 2.777 é que o Supremo permitiu a interferência de terceiros nos processos abstratos de constitucionalidade e a considera-los *Amicus curiae*.

A Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, estabelece no artigo 14, § 7º a possibilidade de atuação processual do “amigo da Corte”. O *Amicus curiae* é um elemento de intervenção cidadã no processo constitucional; permite o acesso à justiça no sentido mais amplo. É um elemento de conexão entre a sociedade e o Supremo Tribunal Federal.

É necessário permitir mecanismos para a participação de terceiros, pluralizando o debate em todas as searas processuais, como fruto da consolidação do pensamento democrático. A figura do *Amicus curiae* viabiliza a participação de interessados que, embora não tenham legitimidade, são destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida. *Amicus curiae* atua no sentido de universalização e realização dos direitos fundamentais e do princípio democrático, permitindo a entrega da efetiva tutela jurisdicional.

Cada um desses instrumentos é forma de aplicar o acesso à informação, à participação e à justiça previstos na Convenção de Aarhus. O ponto crítico é que essa Convenção fortaleceria esses instrumentos. O direito brasileiro poderia oferecer tais instrumentos como pontos de contribuição à implementação da Convenção, uma vez haja a possibilidade de pleitear pelo direito ambiental reclamado, em terras brasileiras. Seria, nesse sentido, uma possibilidade de se fortalecer a responsabilidade internacional ambiental.

4.3 O fortalecimento da responsabilidade no campo do direito internacional ambiental pelo acesso à justiça nos instrumentos jurídicos brasileiros conectados à convenção de aarhus

Fortalecer o direito internacional pelo direito nacional exige uma perspectiva de internacionalização dos direitos (DELMAS-MARTY, 2008), conectando os sistemas jurídicos pelos objetivos em comum e permitindo a aplicação de um dos sistemas de direito envolvidos no caso de repercussão internacional. Seria a aplicação deste argumento no complexo âmbito da responsabilidade internacional dos Estados por meio da Convenção de Aarhus.

Para explicar melhor, no direito internacional, a responsabilidade por dano ambiental ainda é um campo controverso: primeiro, não há um tratado único sobre o assunto, há normas consideradas princípios gerais - refere-se aqui ao projeto de artigos sobre a

responsabilidade internacional do Estado por fato ilícito internacional da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, de 2001. Sobre o assunto *vide*: CRAWFORD, James. The ILC's articles on responsibility of states for internationally wrongful acts: a retrospecto. **The American Journal of International Law**, Vol. 96, 2002 - e a responsabilização depende normalmente da aplicação de algum tratado em específico; segundo, depende da cooperação dos Estados, seja na aceitação da jurisdição de determinada corte para apreciação de um conflito - tal como são as arbitragens internacionais, mais sobre o assunto: DUPUY, Pierre-Marie. Le fait générateur de la responsabilité internationale des états. **The Hague Academy of International Law**. Recueil des cours, volume 188 (1984-V), p. 32-33; em matéria ambiental: REIS, Tarcísio Hardman. **Compensation for Environmental Damages under International Law**, thèse: Droit, Université de Lausanne, 2009; BILDER, Richard. Settlement of Disputes in Field of International Law of Environment, **The Hague Academy of International Law**, Recueil des Cours, Volume 144 (1975-I); LIMA, Gabriela Garcia Batista; SCUDELER, M. A responsabilidade internacional ambiental na Corte Internacional de Justiça: a proteção ambiental transfronteiriça como diligência devida. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, v. IV, p. 135-154, 2015 -, seja na resolução do conflito propriamente dito, por exemplo, a primeira vez que o desenvolvimento sustentável foi aplicado como princípio visava-se à resolução do conflito por meio da cooperação entre as partes na procura por uma melhor solução ao problema referente ao caso, que era os danos advindos da construção de uma barragem no rio Danúbio, por conseguinte, essa foi a interpretação da opinião em separado do Vice Presidente Weeramantry no caso Gabcikovo-Nagymaros, na Corte Internacional de Justiça, em 1997 (Caso disponível em: CIJ. **Affaire relative au Projet Gabcikovo Nagymaros, 1997, Opinion Judge Weeramantry**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7383.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2017); terceiro, as características dos danos ambientais são dotadas de certa fluidez: pode envolver dano transfronteiriço, como dano à direito indígena, dano em área para além das jurisdições nacionais, de forma que cada caso terá a sua própria complexidade que por si só dificulta o acesso à justiça.

Nesses casos, as Cortes nacionais podem servir de acesso à justiça por vezes negligenciada no campo nacional do local do dano ou ainda no campo internacional das Cortes Internacionais, como foi próximo do que aconteceu no caso Érika, na França, ou o caso Conocophilips, de dano ambiental ocorrido na China, mas pleiteado nos Estados Unidos.

O caso Érika diz respeito aos danos - entre eles, danos ambientais - oriundos do naufrágio do Navio Érika, que afundou em costa francesa, em 1999, despejando 19.598 toneladas de combustíveis, grande parte alcançando a costa da França. A complexidade do caso surge já na composição dos autores: o navio era de exploração italiana, a tribulação era comandada por capitão indiano, com pavilhão de Malta e fretado pelo grupo francês, TOTAL, para o transporte de 30.798 toneladas de combustível, que aparentemente dificulta

a localização do responsável pelo dano do ponto de vista internacional (XAVIER DELACHE, 2001; BOUTONNET, 2013; LIMA, 2014).

A responsabilidade pelo dano foi assegurada pelo direito internacional que aponta o operador da atividade como responsável. Trata-se da Convenção Internacional sobre a responsabilidade civil por prejuízos causados pela poluição por hidrocarbonetos, de 1992, e da Convenção Internacional para a criação de um fundo internacional para os danos devidos à poluição por hidrocarboneto, de 1971, o fundo é denominado do inglês FIPOL. Os danos foram ainda contemplados por um fundo privado específico, denominado Polmar, voltado para a limpeza e para a restauração do ambiente poluído.

Dada a insatisfação das vítimas, recorreu-se ainda à justiça francesa. Pelo direito nacional francês, o acesso à justiça ambiental - que já havia sido contemplado no direito internacional - foi operacionalizada pelo Tribunal de Grande Instância de Paris (TGI de Paris, *Jugement Érika*, 2008, e pela Corte de Cassação, 2012).

O caso ConocoPhillips diz respeito a uma empresa chinesa (com capital norte-americano) que sofreu um acidente na costa chinesa com derramamento de petróleo, afetando diretamente uma comunidade local de pescadores. O caso chamou atenção pelo fato de um grupo de pescadores ter acionado a justiça norte-americana para lidar com os danos ambientais, por considerarem negligenciados diante da justiça chinesa. (LIMA, 2014). O caso chinês não foi ainda concluído (TEXAS, USA, Southern District Court, *Cong et al v. ConocoPhillips Company*, 07/02/2012, Case No. 4:12-cv- 01976. Disponível em: <<http://ia600701.us.archive.org/16/items/gov.uscourts.txsd.987891/gov.uscourts.txsd.987891.1.0.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2017), mas houve a aplicação de um sistema de direito diante da falta de efetividade de outro sistema de direito, porque assim permite a legislação americana (O Ato norte-americano sobre responsabilidade civil estrangeira, 28, USC, §1350): do direito norte-americano diante da falta de efetividade do direito chinês para a apreciação da responsabilidade por dano ambiental.

Mesmo que nos casos Érika e ConocoPhillips não tenha havido aplicação direta da Convenção de Aarhus, há uma aplicação indireta para o cumprimento dos objetivos da referida Convenção. Isso reforça o caráter uniformizador da Convenção, que também pode ser vislumbrada como um conjunto de princípios para objetivos em comum, estabelecendo o mínimo para tanto. E, nesse sentido, é possível ver o direito nacional como complemento, já que o campo internacional foi insuficiente para a computação do dano integral.

Uma possibilidade seria, então, que a Convenção de Aarhus ratificada fortaleceria a possibilidade de uso de instrumentos de acesso à justiça ambiental próprios do processo coletivo brasileiro como a Ação Civil Pública e a Ação Popular, que poderiam ser veiculadas no Brasil como uma forma de acesso à justiça ambiental negligenciada no campo da responsabilidade internacional ambiental.

51 CONCLUSÃO

Uma vez ratificada pelo governo brasileiro, poder-se-ia dizer que reforça-se o direito internacional ambiental em seu caráter de acesso à justiça, complexo por natureza. Isso porque a Convenção fortaleceria a conexão entre o sistema jurídico nacional e o sistema jurídico internacional ou mesmo de direito comparado, possibilitando, conforme as circunstâncias, o uso da justiça brasileira para pleitos ambientais mundiais. Claro que se trata de uma possibilidade, não seria uma ocorrência espontânea, mas deveria ser fomentada pelo Estado brasileiro nas suas obrigações internacionais ambientais.

Por outro lado, a ideia de sociedade aberta ou pluralista desenvolvida por Häberle, permitindo a participação de todos os membros da sociedade no processo de interpretação da Constituição, é ínsita ao panorama da pós-modernidade e ao Estado Democrático de Direito. Portanto, o *Amicus curiae* permite a inserção de novos instrumentos de pluralização ao debate; é instrumento de democracia; universaliza; e realiza direitos fundamentais e o princípio democrático, permitindo a entrega da efetiva tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BECKER, Rodrigo Frantz. “**Amicus Curiae**” no novo CPC. Disponível em: <<https://www.jota.info/artigos/Amicus-curiae-no-novo-cpc>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BILDER, Richard. Settlement of Disputes in Field of International Law of Environment. **The Hague Academy of International Law**, Recueil des Cours, Volume 144 (1975-I).

BOUTONNET, Mathilde. L'Erika: une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique, Environnement et développement durable. **Revue mensuelle lexis nexis juris classeur**, Janvier 2013, p. 19.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Vademecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003**. Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Vademecum. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Affaire relative au Projet Gabčíkovo Nagymaros, 1997, Opinion Judge Weeramantry**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7383.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

CRAWFORD, James. The ILC's articles on responsibility of states for internationally wrongful acts: a retrospecto. **The American Journal of International Law**, Vol. 96, 2002

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II)**. Le pluralism ordonné. Édition du Seuil, 2006, p. 36.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; DISCACCIATI, Ana Clara Gonçalves. Acesso à informação ambiental: por um novo paradigma de participação. **Revista Direito e Liberdade – DRL – ESMARN**, v. 17, nº 3, p. 71-113, set./dez. 2015. ISSN impresso 1809-3280; ISSN eletrônico 2177-1758.

DUPUY, Pierre-Marie. Le fait générateur de la responsabilité internationale des états. **The Hague Academy of International Law**. Recueil des cours, volume 188 (1984-V), p. 32-33

EVANGELISTA, Carolina Sugiura. **O direito de acesso à informação sob a perspectiva do direito ambiental: o caso do SINIMA**. 2016. 83 f., il. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

GONTIJO, André; SILVA, Christiane Oliveira Peter da. O papel do “Amicus curiae” no Estado Constitucional: mecanismo de acesso da transdisciplinariedade no processo de tomada de decisão constitucional. In: **Anais do XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010**, p. 84-99. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

____. La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución Academia. Traducción Xabier Arzo Santisteban (Universidad del País Vasco). **Revista sobre enseñanza del Derecho**, Año 6, Número 11, 2008, ISSN 1667-4154, p. 29/61.

____. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

____. **Pluralismo y constitución**: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Traducción Emilio Likunda. Madrid: Tecnos, 2002.

LIMA, Gabriela G. B. **La compensation en droit de l’environnement**: un essai de typologie. Doutorado (Doutorado em Direito) — Université d’Aix-Marseille, Marseille — França e Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Marseille, França; Brasília (DF), 2014.

____. LIMA, Gabriela Garcia Batista. A internacionalização dos direitos e a incomensurabilidade de valores: sua proposta como reflexo de uma tradição. In: **XVII Congresso Nacional CONPEDI, 2008, 2008, Brasília. XVII Congresso Nacional CONPEDI - XX anos de Constituição da República do Brasil**: reconstrução, perspectiva e desafios. Brasília, Nov. 2008).

LIMA, Gabriela Garcia Batista; SCUDELER, M. A responsabilidade internacional ambiental na Corte Internacional de Justiça: a proteção ambiental transfronteiriça como diligência devida. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, v. IV, p. 135-154, 2015

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a Convenção de Aarhus. **Revista Direito GV** 15, São Paulo 8(1) 12, jan. - jun. 2012, p. 297-328.

MARTINI, Karlla Maria; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Audiência pública: garantia ou negação da cidadania ambiental? **Revista Meio Ambiente e Sustentabilidade**, vol.9, nº 4, jul. – dez. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. **A influência do pensamento de Peter Häberle no STF**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

OBSERVATÓRIO ECO et al. **Carta a favor da adoção da Convenção de Aarhus no Brasil, 01 de setembro de 2010**. Disponível em: <<https://observatorio-eco.jusbrasil.com.br/noticias/2410368/carta-a-favor-da-adocao-da-convencao-de-aarhus-no-brasil>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução da Assembleia da República nº 11/2003. Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente**. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/sii/docs/rar11-2003.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

REIS, Tarcísio Hardman. **Compensation for Environmental Damages under International Law**, Thèse: Droit, Université de Lausanne, 2009.

REPÚBLICA CHECA, AUSTRIA, ESTONIA, HUNGRIA, POLÔNIA, ESLOVÁQUIA, ESLOVÊNIA. Selected Problems of the Aarhus Convention application based on experience and court practice of NGOs. In: **7 EU countries**, 2009.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation Federal Courts and the law**. New Jersey: Princenton, 1997.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado constitucional cooperativo. **Direito Público**. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2006, v. 3, nº 12 (abr./mai./jun.), p. 5-20.

_____. **Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: <<http://buscalegis.cj.ufsc.br>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. **Transjurfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais**. Curitiba: CRV, 2014.

SGARIONI, Márcio Frezza; RAMMÊ, Rogério Santos. Estado ambiental cooperativo e o Supremo Tribunal Federal com ator jurídico na valorização dos acordos internacionais em matéria ambiental. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, V. 7, Nº1, 1º quadrimestre de 2012. ISSN 1980-7791. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

TELES, Joice Carvalho Brito. Problemas de adaptação à lei de acesso à informação enfoque nas ouvidorias. **Caderno Gestão Pública**, vol. 4 nº 3 jul. – dez. 2014.

TEXAS, USA, Southern District Court, Cong *et al v. ConocoPhillips Company, 07/02/2012, Case No. 4:12-cv-01976*. Disponível em: <<http://ia600701.us.archive.org/16/items/gov.uscourts.txsd.987891/gov.uscourts.txsd.987891.1.0.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

XAVIER DELACHE, Annie Erhard-Cassegrain. “Erika: éléments d’évaluation de dommages”. **Institut Français de l’environnement**, juillet-août, nº 68, 2001.

CAPÍTULO 10

OS NOVOS RISCOS DA SOCIEDADE NANOTECNOLÓGICA E SUAS INTERFACES COM O SISTEMA DO DIREITO

Data de aceite: 01/10/2020

1. Artigo adaptado e atualizado a partir de apresentação no *Sociology of Law*, 2018, Unilasalle, Brasil.

Raquel Von Hohendorff

Direito - UNISINOS/RS

Daniele Weber S. Leal

Direito - UNISINOS/RS

Ao abrir a caixa-preta dos fatos científicos, não ignorávamos que abríamos a caixa de Pandora. Era impossível evitá-lo. Ela estava hermeticamente fechada enquanto permaneceu na terra de ninguém das duas culturas, oculta no meio das couves e nabos, placidamente ignorada pelos humanistas, que tentam combater os perigos da objetificação, e pelos epistemólogos, que procuram anular os males trazidos pela massa rebelde. Agora que ela foi aberta, espalhando pragas e maldições, pecados e doenças, só há uma coisa a fazer: mergulhar na caixa quase vazia para resgatar

aquilo que, segundo a lenda venerável, ficou lá no fundo- sim, a esperança. A profundidade é demasiado para mim; não gostaria de me ajudar na tarefa? Não me daria uma mãozinha?¹

RESUMO: A explosão das ideias e a astúcia da criatividade humana já transformaram por completo o futuro da sociedade. Desta forma, é preciso tratar de temas como a gestão de riscos, com a expectativa de estabelecer a importância de considerá-la nas análises sócio jurídicas das nanotecnologias, evitando o retrocesso ambiental. Objetiva-se trabalhar sob a perspectiva da ELSA, considerando que os impactos éticos, legais e sociais devem ser observados nas pesquisas científicas. Assim, é essencial tratar de temas como a gestão de riscos, com a expectativa de estabelecer a importância de considerá-la nas análises sócio jurídicas das nanotecnologias, evitando o retrocesso ambiental. A pesquisa utiliza o método sistêmico, pelo qual se busca a análise da problemática proposta de forma enredada e comunicativa, permitindo a observação da inter-relação dos fenômenos sociais através de uma observação de segunda ordem. É possível perceber a forma de descrição de diversos sistemas sociais e os diversos acoplamentos e ressonâncias estabelecidos entre si, verificando as dinâmicas não lineares da sociedade complexa. Em relação aos mecanismos de proteção ao meio ambiente

1. LATOUR, Bruno. **A esperança de Pandora**: ensaios sobre a realidade dos estudos científicos. Traduzido por Gilson César de Souza. São Paulo: Ed. UNESP, 2017. p. 38.

e ao direito das futuras gerações, as novas tecnologias exigem que o Direito se molde à realidade, sendo capaz de fornecer respostas na medida em que surjam demandas jurídicas. Vale dizer, o Direito precisará construir mecanismos para juridicizar os danos futuros e abordá-los em suas decisões, consolidando uma resposta do sistema jurídico adequada às novas demandas originárias das nanotecnologias.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, risco, nanotecnologias.

ABSTRACT: The explosion of ideas and the cunning of human creativity have already completely transformed the future of society. Thus, it is necessary to address issues such as risk management, with the expectation of establishing the importance of considering it in the socio-legal analyzes of nanotechnologies, avoiding environmental setbacks. The objective is to work from the perspective of ELSA, considering that the ethical, legal and social impacts must be observed in scientific research. Thus, it is essential to address issues such as risk management, with the expectation of establishing the importance of considering it in the socio-legal analyzes of nanotechnologies, avoiding environmental setbacks. The research uses the systemic method, which seeks to analyze the proposed problem in a tangled and communicative way, allowing the observation of the interrelationship of social phenomena through second-order observation. It is possible to perceive the form of description of different social systems and the different couplings and resonances established among themselves, verifying the non-linear dynamics of complex society. In relation to mechanisms for protecting the environment and the law of future generations, new technologies require that the Law mold itself to reality, being able to provide answers as legal demands arise. That is to say, the Law will need to build mechanisms to legalize future damages and address them in its decisions, consolidating a response from the legal system adequate to the new demands originating from nanotechnologies.

KEYWORDS: Law, risk, nanotechnologies.

1 | INTRODUÇÃO

A explosão das ideias e a astúcia da criatividade humana já transformaram por completo o futuro da sociedade. O potencial destrutivo da tecnologia pós-industrial, seu imediato e massificado consumo e a magnitude dos danos e riscos demonstram uma necessidade de consideração prioritária dos riscos pelo Direito, sendo estes objetos da decisão jurídica autônoma.

Um dos resultados mais salientes advindos das novas tecnologias na atualidade é o desenvolvimento das nanotecnologias que estão rapidamente penetrando no mercado consumidor. É neste contexto de incremento tecnológico vê-se igualmente atrelada à Precaução, que se dimensiona como Direito Fundamental, construído sobre o respeito aos limites e contornos ambientais, além do respeito à fragilidade da vida humana, da atual e das futuras gerações, bem como mecanismo de tutela dos riscos da complexa Sociedade Pós-Industrial (ENGELMANN; FLORES; WEYERMÜLLER, 2010, p. 121). Tal aspecto pode ser interligado à necessária tomada de decisão judicial mais adequada e responsável neste contexto de novas tecnologias e inteligência artificial.

Assim, é essencial tratar de temas como a gestão de riscos, com a expectativa de estabelecer a importância de considerá-la nas análises sócio jurídicas das nanotecnologias, evitando o retrocesso ambiental.

Desta forma, objetiva-se trabalhar sob a perspectiva da ELSA, considerando que os impactos éticos, legais e sociais devem ser observados nas pesquisas científicas. Tais aspectos ou impactos éticos, legais e sociais, (ELSA) devem ser levados em consideração durante a realização de pesquisas científicas, e atrelar-se mais ainda na tomada de decisão judicial.

Pode-se perceber que a comunidade europeia procura não bloquear o desenvolvimento, mas pensá-lo de forma mais segura, evitando maiores riscos, especialmente no tocante às pesquisas genômicas e com nanotecnologias. Na última década foram investidos cerca de 20 milhões de Euros em programas desta categoria. A criação da ELSA gerou inúmeras críticas por ser focado especialmente nos aspectos dos efeitos e resultados (ELSA, 2017).

Os debates recentes demonstram que a evolução da ciência e da tecnologia não ocorrem independentemente da sociedade. Vários atores com diferentes pontos de vista estão a moldar o processo e parece muito provável que algumas aplicações da nanotecnologia irão levantar preocupações éticas, legais e sociais significativas.

Aqui resta claro um dos outros objetivos da pesquisa, demonstrar o papel de um ator social que vem sendo esquecido na discussão acerca das nanotecnologias: o consumidor final, que muitas vezes nem sabe o que está consumindo.

A pesquisa utiliza o método sistêmico, pelo qual se busca a análise da problemática proposta de forma enredada e comunicativa, permitindo a observação da inter-relação dos fenômenos sociais através de uma observação de segunda ordem. É possível perceber a forma de descrição de diversos sistemas sociais e os diversos acoplamentos e ressonâncias estabelecidos entre si, verificando as dinâmicas não lineares da sociedade complexa.

O método sistêmico-construtivista considera a realidade como uma construção de um observador, analisando todas as peculiaridades implicadas na observação. É e 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. Trata-se de uma estratégia autopoietica de reflexão jurídica sobre as próprias condições de produção de sentido, bem como as possibilidades de compreensão das múltiplas dinâmicas comunicativas diferenciadas em um ambiente complexo, como é o gerado pelas nanotecnologias.

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. Um sistema que se constitui como uma parcela do ambiente da sociedade, também compreendida aqui com um sistema autopoietico (FLORES, 2014).

Os pressupostos sistêmico-construtivistas permitem a observação do que não pode ser observado (uma observação mais sofisticada). Desta forma, na medida em que através desses pressupostos cria-se a possibilidade para o aprimoramento da observação jurídica, pode-se mencionar que essa perspectiva sistêmico-construtivista é capaz de dar uma grande contribuição para a reflexão que se pretende sobre a necessária inovação do Direito para lidar com os desafios dos riscos nanotecnológicos.

Este método consegue observar variados modos de produção do arcabouço regulatório em relação às nanotecnologias, sem a necessidade de mobilizar o Poder Legislativo (até porque uma lei formal e estanque não seria capaz de acompanhar a dinâmica dos riscos nanotecnológicos). Isso parece ser um movimento importante que precisará ser observado, pois as estruturas regulatórias estão surgindo com a intervenção de diversos atores, muitos dos quais não-estatais e pertencentes a outros sistemas.

Em relação aos mecanismos de proteção ao meio ambiente e ao direito das futuras gerações, as novas tecnologias exigem que o Direito se molde à realidade, sendo capaz de fornecer respostas na medida em que surjam demandas jurídicas.

Vale dizer, o Direito precisará construir mecanismos para juridicizar os danos futuros e abordá-los em suas decisões, consolidando uma resposta do sistema jurídico adequada às novas demandas originárias das nanotecnologias.

21 O NOVO MUNDO NANOTECNOLÓGICO E SEUS PRODUTOS

As tecnologias em ultra-pequena escala com toda uma imensa gama de benefícios já estão no mercado, sendo amplamente consumidas. Os mais diferentes setores econômicos utilizam nanotecnologias (variadas produções tecnológicas na escala nanométrica, representando uma alternativa de manipular átomos e moléculas na bilionésima parte do metro). Como exemplo podem ser citados protetores solares, calçados, telefones celulares, tecidos, cosméticos (ENGELMANN; HOHENDORFF; FRÖHLICH, 2015), automóveis, combustíveis (OSHIRO et al, 2017), medicamentos, produtos para agricultura, medicamentos veterinários, produtos para tratamento de água, materiais para a construção civil, plásticos e polímeros, produtos para uso nas indústrias aeroespacial, naval e automotora, siderurgia, setor alimentício (ENGELMANN et al, 2014) entre outros. Assim, deixam de ser apenas promessas futurísticas e incorporam-se na rotina diária da sociedade deste início do século XXI, exigindo, portanto, a atenção por parte do Direito.

A utilização industrial da escala nanométrica está avançando rapidamente sem que se tenha uma certeza científica sobre a segurança das nanopartículas e sem que a área jurídica tenha construído marco regulatório específico. As nanotecnologias vêm acompanhada de incertezas científicas quanto seus efeitos e (possíveis?) danos futuros ao meio ambiente e vida humana. Veja-se a perspectiva de crescimento que se projeta: “O mercado global de nanotecnologia deve chegar a US \$ 90,5 bilhões em 2021, de US \$ 39,2

bilhões em 2016 com uma taxa de crescimento anual composta de 18,2%”. (McWILLIAMS, 2016).²

Outro viés significativo é a interdisciplinaridade (INTERDISCIPLINARITY, 2017), sendo que para a investigação sobre a nanotecnologias e decisão judicial se faz necessário que se perpassasse outras áreas da ciência, apropriando-se dos conhecimentos daquelas searas e das ciências duras, a fim de adequação e auxílio ao Direito para buscar respostas aptas às complexas demandas enfrentadas neste contexto. Somente acolhendo todo conhecimento possível de outras áreas, estranhas ao Direito, será possível entabular um início de resposta eficaz e apta para solucionar as demandas que irritam o Direito, construindo mecanismos mais adequados à decisões judiciais.

A título ilustrativo, observa-se a apresentação das nanos pelo National Research Programme NPR 64, da Suíça (SWISS NATIONAL SCIENCE FOUNDATION, 2017, p. 06):

WHAT IS NANO?

Nanomaterials: An overview of the basics

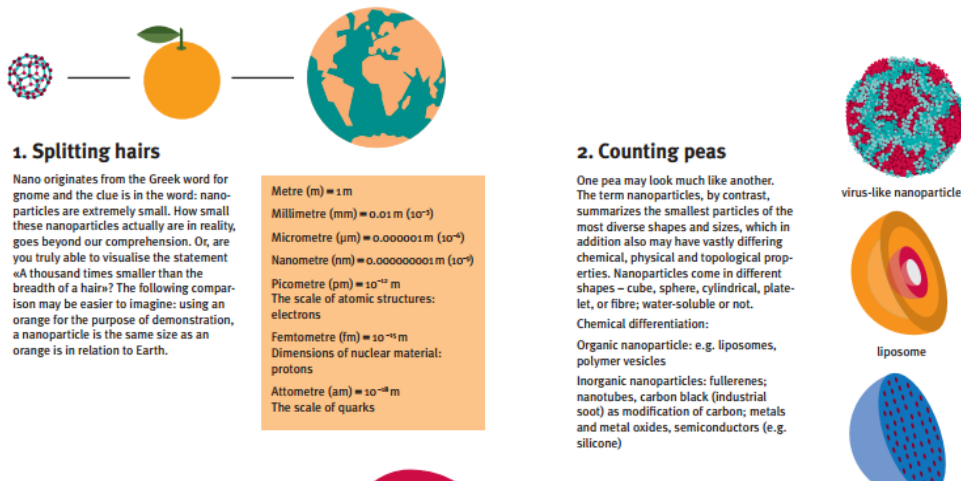


Figura 1 – O Que é Nano?

Fonte: Swiss National Science Foundation, 2017.

Ressalta-se novamente a característica de transdisciplinaridade desta nova tecnologia, o que desde logo denota a complexidade de entendimento, conforme Lima (2014, p.20) discorre:

Nano é o nome que vem do grego e, significa *anão*, um termo fundido com a palavra tecnologia que surgiu em 1974, o famoso termo nanotecnologia. É uma ciência transdisciplinar, e de difícil explicação pelo fato desta fazer parte das ciências da complexidade, ou seja, é uma ciência não pura como a física,

a química e a matemática, mas, sim, uma ciência heterogênea, e em seu bojo há a combinação de muitas disciplinas. Portanto, poderá haver em único produto feito com esta ciência, traços de engenharia usando química, física, biologia, matemática, computação e outras novas ciências. (grifo do autor).

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, nanoproductos) 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 7286 produtos com nanotecnologias, produzidos por 1438 companhias, oriundos de 52 países. Desta forma, a nanotecnologia já está inserida diariamente na vida em sociedade.

Invernizi et al. (2016) realizaram pesquisa sobre as contribuições das investigações latino americanas em nanotecnologia, voltadas para medicina, energia e água e demonstraram que as informações analisadas revelam grandes disparidades regionais, com uma forte concentração de atividades no Brasil, e depois o México, que são os maiores países com trajetórias científicas sistemáticas. Em uma situação intermediária estão a Argentina, o Chile e a Colômbia tendendo a fortalecer e a vários outros países com mais competências fragmentadas. Por outro lado, os dados mostram uma fraca colaboração regional, mais bilateral do que na rede. Na verdade, os acordos internacionais poderiam estimular projetos de redes em torno de questões-chave com impacto social geral para todos os países da região.

No Brasil os investimentos estão ocorrendo de forma bastante crescente. No panorama nacional, verifica-se o estudo realizado em 2015, através de publicação do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), de coordenação de Marcial - onde debateram as *Megatendências Mundiais para 2030*, com os atuais questionamentos sobre o que as entidades e personalidades mundiais pensam sobre o mundo - verificou-se o crescimento dos investimentos e aplicação no campo da nanotecnologia e biotecnologia (MARCIAL, 2015)

Até 2030, haverá manutenção da revolução tecnológica, integrando a biotecnologia, a nanotecnologia, as TIC e as tecnologias dos materiais em ritmo acelerado. Os avanços em áreas como novos materiais e bioengenharia estão mudando os princípios farmacêuticos e de cuidados médicos no que diz respeito a inovações em produtos e serviços para saúde humana. No campo da medicina, principalmente nos países desenvolvidos, há alta probabilidade de haver forte avanço em gerontologia e tecnologias genéticas, com uso de nanochips e tecnologia de microsensores, transplantes de órgãos, células nervosas, retina etc., que permitirá um aumento substancial na vida média humana (Rockefeller Foundation e GBN, 2010). A convergência tecnológica

também pode ser observada no campo energético [...]. No entanto, o ritmo de transformação tecnológica é difícil de prever e algumas novas tecnologias necessitam de estudo mais aprofundados e de estratégias de investimento, dado seu potencial impacto sobre o desenvolvimento humano. São exemplos disso o uso da biotecnologia e da nanotecnologia na geração de energia (European Commission, 2011). Tudo indica, por exemplo, que a energia solar será muito mais eficiente no futuro. Essa eficiência ocorrerá em função dos avanços nos materiais utilizados, incluindo polímeros e nanopartículas. (MARCIAL, 2015, p. 110).

No Brasil a parceria estratégica entre três ícones da inovação brasileira, a Indústria Fornari (Fabricante de equipamentos inovadores para o agronegócio), a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA) e a TNS (a TNS é uma empresa de tecnologia química formada por um time comprometido, ético, inovador e que pensa global) trouxe para o mercado um pacote de benefícios intitulado Nanovo, apresentado no Salão Internacional de Avicultura e Suinocultura (SIAVS), em São Paulo em agosto de 2017. (TNS, 2017)

O projeto Nanovo traz ao mercado um produto à base de polímero biodegradável de origem natural para o recobrimento de ovos comerciais. A tecnologia proporciona o controle da troca de gases entre interior e exterior do ovo, de modo a preservar o produto e conferir proteção duradoura por meses, inibindo inclusive microrganismos patogênicos. Além disso, o recobrimento aumenta a resistência à quebra dos ovos e atua na preservação das características nutricionais do produto, mantendo ovo fresco por muito mais tempo. (TNS, 2017). Atualmente, o mercado de ovos brasileiro é estimado em 1,95 milhões de toneladas, mas apenas 10.411 toneladas são destinadas a exportação (cerca de 0,53%), justamente em função de problemas na logística inerente à durabilidade dos ovos, característica que barra sua comercialização não só no comércio exterior, mas também em nível nacional, onde milhões de unidades são descartadas diariamente devido a fragilidade de casca, contaminação cruzada, curta vida útil e mau manejo do produto.

Em um estudo inédito no Brasil, realizado por pesquisadores do Instituto de Química da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) e da Universidade de Oviedo, na Espanha, foram sintetizadas e utilizadas nanopartículas de ferro para a fortificação de fórmulas artificiais e de leite materno para a alimentação de recém-nascidos. Caso ocorra ingestão e absorção inadequadas de ferro nas primeiras semanas de vida vários danos à saúde podem surgir, como anemia, atrasos no desenvolvimento e distúrbios comportamentais. A pesquisa investigou não somente o teor total de ferro no leite materno, mas também e especialmente a quantidade que é digerida e absorvida via aleitamento materno *in natura* e também pelas fórmulas industriais. A escolha por testar a fortificação através de uma nanopartícula ocorreu em função do tamanho, o que favoreceria sua absorção intestinal, bem como em relação às suas características estruturais, semelhantes ao modo como o ferro é armazenado pelo organismo. Os resultados obtidos demonstraram que o ferro da nanopartícula incorporou-se de forma não tóxica ao organismo das cobaias e

foi utilizado para funções biológicas, comprovando que as nanopartículas de ferro foram de fato digeridas, absorvidas e utilizadas para o funcionamento do organismo (ROQUE, 2017).

O desenvolvimento sócio econômico que ocorrerá com o advento e implementação das nanotecnologias nos mais diversos processos produtivos não pode deixar de considerar os aspectos éticos legais e sociais, bem como a sustentabilidade, promovendo sempre os ideais de uma responsabilidade planetária e de um não retrocesso ambiental.

Contudo, muito embora o desenvolvimento desta nanotecnologia venha alcançando contornos significativos, não há regulação específica. Segundo Engelmann (2015, p.350), “[...] o Direito deverá construir as bases para um conjunto normativo de acompanhamento, assessoramento e recompensas pela implementação das condutas mais aceitáveis em relação à gestão do risco nanotecnológico”.

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)

Necessário que ante a promessa benéfica desta nova tecnologia, o risco seja juridicizado, demandando do Direito um aprofundamento maior em outras áreas estranhas ao mundo jurídico, promovendo uma verdadeira interdisciplinaridade.

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).

O Nanoworld é uma terra imensa que está apenas no começo de sua exploração, e, na melhor das circunstâncias, a explorar, e algumas das regras físicas, químicas e biológicas já conhecidas para materiais em escala macro podem não ter nenhuma força ali.

Essa exploração exige um fundo altamente interdisciplinar e uma mente aberta, sem a qual a única certeza é o fracasso. Um tanto paradoxalmente, nano pode ser um problema e uma solução ao mesmo tempo. Mas *nanosafety* é a senha.(GATTI, 2015).

Portanto, a questão não está em não decidir, mas sim em promover mais investigações para criar um caminho do risco à segurança, ainda que a prática mostre que quanto mais se conhece e se podem elaborar cálculos cada vez mais complexos, mais aspectos se conhecem e, com eles, mais incertezas e, conseqüentemente, mais riscos. (LUHMANN, 2006).

O desenvolvimento destas tecnologias gera impactos éticos, legais e sociais importantes, relacionados também ao princípio da precaução e informação, bem como reflexos nas relações de trabalho e no meio ambiente. Não há como se imaginar avanços científicos e tecnológicos, além de econômicos, alicerçados sobre retrocesso social em termos de saúde e de proteção. Uma vez que o mundo científico está atento à nanotecnologia, tal preocupação reflete na seara jurídica. E de maneira, num contexto de novas tecnologias), como o Direito poderá efetuar a gestão destas futuras novas demandas, e como será possível tomar decisões judiciais devidamente aptas e responsáveis nesta complexidade?

Uma vez que a promessa de um novo mundo tecnológico já se faz presente, interligando novas tecnologias (como a nanotecnologia) urge que se aprofunde o estudo em outros impactos tão importantes, como os legais, éticos e sociais, que fazem parte da adoção da União Europeia em projeto internacional.

Importante analisar o que seria a ELSA, de que forma esta abordagem mais responsável poderá auxiliar em promover respostas adequadas nesta nova complexidade de urgência de decisões judiciais aptas ao novo contexto das nanotecnologias.

3 I ELSA: UMA ABORDAGEM PELOS ASPECTOS ÉTICOS, LEGAIS E SOCIAIS

Diante deste panorama de evoluções tecnológicas, é essencial tratar de temas como da gestão de riscos, seguidos pela noção de precaução e de ética, e principalmente pela compreensão do princípio responsabilidade, com a expectativa de estabelecer a importância de considerá-los nas análises sócio-jurídicas das nanotecnologias. Alicerçados nestes conceitos, aplica-se as ideias de planejamento propostos pela Investigação e Inovação Responsáveis (RRI) e pelo impactos Éticos, Legais e Sociais (ELSI) (ENGELMANN, 2016).

O desafio é “conectar” a inovação científica e tecnológica com um fundamento ética (FORSBERG, 2017). No sentido de se avaliar as questões éticas, em conjunto com os impactos legais e sociais, existem estudos focados nesse viés: “estudos dos aspectos éticos, legais e sociais da evolução científica e tecnológica” (FORSBERG, 2017). As investigações relacionadas às questões de ELSI (sigla em inglês para *Ethical, Legal and Social Impacts*) tem o objetivo de fornecer uma base de conhecimentos para o desenvolvimento da ciência e tecnologias emergentes, destacando uma forma responsável e com uma consciência da ética, além dos aspectos e impactos de tais desenvolvimentos legais e sociais”.

Além da conjugação dos aspectos ELSA, surgem movimentos com a preocupação em promover a chamada pesquisa e inovação responsáveis (sigla em inglês RRI – *Responsible Research and Innovation*) (GARWOOD, 2015, p. 28-31), especialmente na Política Europeia de Investigação e Inovação, em particular com o financiamento do novo programa da Comissão Europeia (CE) de investigação chamado de *Horizonte 2020*. (EUROPEAN COMMISSION, 2017):

A “Ciência” com e para a Sociedade, com um programa (SWAFS) produziu uma das definições de RRI mais influentes na Europa. Assim, RRI é uma abordagem inclusiva para a investigação e inovação, para garantir que os atores sociais trabalhem em conjunto durante todo o processo de investigação e inovação. Destina-se a alinhar melhor o processo e resultados de pesquisas e inovações com os valores, necessidades e expectativas da sociedade europeia. Em termos gerais, RRI implica antecipar e avaliar potenciais implicações e as expectativas da sociedade no que diz respeito à investigação e inovação

Muito significativos são os estudos sobre a RRI desenvolvidos por Armin Grunwald, enfocando a governança reflexiva, como uma alternativa para o panorama de incerteza, que está sendo gerado pelas nanotecnologias.(GRUNWALD, 2014, p. 16).No fundo, a conjugação de esforço ELSA e RRI, buscam antecipar uma espécie de responsabilidade, que se poderá denominar de “levar a responsabilidade a sério” (SUPIOT; DELMAS-MARTY, 2015): projetar, inovar, avaliar e assumir os riscos decorrentes.

A literatura sobre ELSA em nanotecnologias sugere que, para além dos impactos no ambiente, os produtos com nano também desencadeariam impactos sociais e econômicos importantes.

Um framework para nanotecnologia sustentável baseado em critérios analisados através do ciclo de vida pode ser utilizado para monitorizar o ambiente, os impactos econômicos e sociais de nanoprodutos. A resposta adaptativa a novas informações: dada a natureza dinâmica da nanotecnologia, os quadros de avaliação e de gestão de riscos devem também ser flexíveis para se adaptarem às novas informações complementares que irão surgir. Isto é particularmente relevante considerando a questão da governança de riscos e escalas de tempo mais longas. Uma resposta adaptativa ao manejo ambiental é baseada no monitoramento de uma gama de alternativas de manejo e os seus resultados de implementação melhoram o conhecimento sobre o sistema a ser gerido ao longo do tempo (SUBRAMANIAN, V. et al, 2016).

Entretanto, mesmo que não seja por ora observado qualquer potencial danoso desta tecnologia, necessário que a precaução exigida nas novas tecnologias seja respeitada, de modo que a adoção das bases da ELSA possam ocorrer, a fim de promover um desenvolvimento mais responsável, como vem sendo elaborado na União Europeia com as nanotecnologias (ELSA, 2017).

Ainda sobre o conceito de ELSA, Hullmann (2008) salienta que na nanotecnologia os aspectos éticos, legais e sociais oferecem uma visão importante para o público interessado, ajudando a identificar expectativas e preocupações e, ao mesmo tempo, é importante para a tomada de decisão nas políticas públicas, pois corresponderem a necessidades em termos de boa governança da investigação, incluindo a gestão dos riscos. Tais disposições políticas são desafiadas a priorizar a investigação financiada publicamente, bem como decidir o futuro sobre regulamentos. Neste sentido, realça ainda que, para responder às preocupações da sociedade, é indispensável entrar num diálogo sobre os benefícios e os riscos da nanotecnologia, incluindo os aspectos éticos, legais, sociais e governamentais, envolvendo grande parte do público e baseando-se no julgamento informado.

A ELSA nas nanotecnologias, compreende uma ampla gama de tópicos que estão relacionados com a investigação, produção e utilização de nanotecnologia e produtos habilitados pela nanotecnologia. Abrangem questões de privacidade, aceitação, saúde humana, acesso, responsabilidade, regulação e controle, tornando claramente essencial a participação do público consumidor, e a população em geral.

Uma forma de aplicação prática dos elementos ELSA pode ser encontrada na concepção renovada da empresa - cidadania de empresa e empresa cidadã: onde a empresa não é mais compreendida apenas orientada para a obtenção do lucro, mas como um grupo humano, que se propõe satisfazer necessidades humanas com qualidade. (ENGELMANN, 2017).

O Direito também foi atingido por esta nova realidade repleta de incertezas, colocando em xeque os tradicionais postulados jurídicos, especialmente a previsibilidade e a certeza. Essa realidade de crise dificilmente pode ser enfrentada adequadamente com os instrumentos tradicionais do Estado, cujo Direito tem papel preponderante no sentido de reduzir a complexidade frente a um número indeterminado de expectativas, riscos e possibilidades. A complexidade e a interligação de fatores indicam que apenas o Direito, isoladamente, como sistema social, não dispõe dos elementos necessários e adequados para modificar a realidade de crise. O reconhecimento da complexa e paradoxal relação entre desenvolvimento da sociedade e natureza é um passo fundamental a ser dado (WEYERMÜLLER; ROCHA, 2015).

Desta forma, vários atores com diferentes pontos de vista estão a moldar o processo e parece muito provável que algumas aplicações da nanotecnologia irão levantar preocupações éticas, legais e sociais significativas que deverão ser consideradas na decisão judicial.

4 | 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.

As nanotecnologias são um excelente exemplo de inovação, que estão se desenvolvendo rapidamente sem uma estrutura regulatória específica e com falta de atenção suficiente à gestão de risco necessária e à preocupação em lidar com riscos presentes e futuros.

Observa-se no cenário atual o desenvolvimento de novas tecnologias, onde as nanotecnologias encontram-se presentes no cotidiano humano. O desenvolvimento das nanotecnologias deve ser encarado com respeito à atual e futuras gerações, dado o grau de risco que podem apresentar, respeitando os pressupostos do ELSA, adotando uma postura responsável, atentando assim para os impactos legais, sociais e éticos sobre a sociedade e vida humana.

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, esta tese incluiu 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.

Neste novo cenário mundial em que as novas tecnologias avançam rapidamente, o maior desafio para o Direito em relação às nanotecnologias é de como balancear os benefícios da produção em nanoescala sem sofrer os danos associados com a saúde humana e riscos ambientais advindos da prática dessa tecnologia. 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. Observa-se que, ao que tudo indica, as nanotecnologias poderão causar mudanças dramáticas e radicais em todos os aspectos da vida humana, como já vêm ocorrendo.

Em relação aos mecanismos de proteção ao meio ambiente e ao direito das futuras gerações, as novas tecnologias exigem que o Direito se molde à realidade, sendo capaz de fornecer respostas na medida em que surjam demandas jurídicas.

Vale dizer, o Direito precisará construir mecanismos para juridicizar os danos futuros e abordá-los em suas decisões.

REFERÊNCIAS

ELSA. **Whatis ELSA research**. Disponível em: <<https://www.ntnu.edu/elsa/what-is-elsa-research.>> Acesso em 23 jun. 2020.

ENGELMANN, Wilson. O “direito de ser informado” sobre as possibilidades e os riscos relacionados às nanotecnologias: o papel do engajamento público no delineamento de um (novo) direito/dever fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Z. P. (Coord.). **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ENGELMANN, Wilson et al. Nanotecnologias aplicadas aos alimentos e biocombustíveis: construindo modelos jurídicos fundados no princípio da precaução. In: SILVA, Tânia Elias Magno da; WAISSMANN, William (Org.). **Nanotecnologias, alimentação e biocombustíveis: um olhar transdisciplinar**. Aracaju: Criação, 2014. v.1.

ENGELMANN, Wilson. As Nanotecnologias como um exemplo de inovação e os reflexos jurídicos no cenário da pesquisa e inovação responsáveis (Responsible Research and Innovation) e das implicações éticas, legais e sociais (Ethical, Legal and Social Implications). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**, Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, v. 12, 2016.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental: construindo um diálogo transdisciplinar na busca de marcos regulatórios em nanotecnologias**. 1. ed. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

ENGELMANN, Wilson; HOHENDORFF, Raquel von; FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. Das nanotecnologias aos nanocosméticos: conhecendo as novidades na escala manométrica. In: ENGELMANN, Wilson (Org.). **Nanocosméticos e o direito à informação: construindo os elementos e as condições para aproximar o desenvolvimento tecnocientífico na escala nano da necessidade de informar o público consumidor**. Erechim: Devian, 2015.

ENGELMANN, Wilson. O pluralismo das fontes do direito como uma alternativa para a estruturação jurídica dos avanços gerados a partir da escala manométrica. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 13**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2017.

EUROPEAN COMMISSION (2017) **Responsible Research and Innovation**. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/h2020-section/responsible-research-innovation.](http://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/h2020-section/responsible-research-innovation)> Acesso em 10 jun. 2020.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. **Resiliência jurídica: para pensar a inovação do direito a partir de uma perspectiva sistêmica**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/4141/LuisFlores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

FORSBERG, Ellen-Marie. ELSA and RRI – Editorial. IN: **Life Sciences, Society and Policy**, v. 11, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.lssjournal.com/content/11/1/2>> Acesso em 09 jun. 2020.

GARWOOD, Jeremy. ‘Excellence’ or Non-Sense. IN: **Lab Times**, News for the European Life Sciences, Issue 5, p. 28-31, september 18th 2015.

GATTI, Antonietta M.; MONTANARI, Stefano. **Case studies in nanotoxicology and particle toxicology**. Cambridge: Academic Press, 2015.

GRUNWALD, Armin. Modes of orientation provided by futures studies: making sense of diversity and divergence. IN: **European Journal of Futures Research**, 15:30, 2014.

HULLMANN, Angela. European activities in the field of ethical, legal and social aspects (ELSA) and governance of nanotechnology. **Nano and Converging Sciences and Technologies**, Luxembourg, Oct. 2008. Disponível em: <http://cordis.europa.eu/pub/nanotechnology/docs/elsa_governance_nano.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

INVERNIZZI, Noela et al. Nanotecnologías dirigidas a necesidades sociales. Contribuciones de la investigación latino americana en medicina, energía y agua. **Sociología y Tecnociencia**, Palencia, v. 2, n. 5, enero 2016. Disponível em: <<https://revistas.uva.es/index.php/sociotecn/article/view/678>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

INTERDISCIPLINARITY. **Nature**, London, v. 525, Sept. 2015. Disponível em: <<http://www.nature.com/news/interdisciplinarity-1.18295>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

INTRODUCTION. **Nanotechnology Products Database (NPD)**. [S.I.], 2017. Disponível em: <<http://product.statnano.com/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

LATOURE, Bruno. **A esperança de Pandora**: ensaios sobre a realidade dos estudos científicos. Traduzido por Gilson César de Souza. São Paulo: Ed. UNESP, 2017.

LIMA, Edilson Gomes de. **Nanotecnologia**: biotecnologia e novas ciências. 1. ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução de Silvia Pappé, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.

MARCIAL, Elaine C. (Org.). **Megatendências mundiais 2030**: o que entidades e personalidades internacionais pensam sobre o futuro do mundo?: contribuição para um debate de longo prazo para o Brasil. Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/151013_megatendencias_mundiais_2030.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

McWILLIAMS, Andrew. The maturing nanotechnology market: products and applications. **Market Reports**, Wellesley, Nov. 2016. Disponível em: <<https://www.bccresearch.com/market-research/nanotechnology/nanotechnology-market-products-applications-report-nan031g.html>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

OSHIRO, M. L. et al. Nanotechnologies and the risk management of biofuel production. In: RAI, Mahendra; SILVA, Silvio Silvério da (Ed.). **Nanotechnology for bioenergy and biofuel production**. 1st ed. Switzerland: Springer International Publishing, 2017.

ROCHA, Leonel S.; MARTINI, Sandra R. **Teoria e prática dos sistemas sociais e direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ROQUE, Caroline. Grupo utiliza nanopartículas de ferro para fortificar fórmula de leite infantil. **Jornal da**

Unicamp, Campinas, 9 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2017/11/09/grupo-utiliza-nanopartículas-de-ferro-para-fortificar-formula-de-leite>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

SUBRAMANIAN, V. et al. Sustainable nanotechnology decision support system: bridging risk management, sustainable innovation and risk governance. **J.Nanopart Res** (2016) 18:89.

SUPIOT, Alain e DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Prendre la responsabilité au sérieux**. Paris: PUF, 2015.

SWISS NATIONAL SCIENCE FOUNDATION (SNSF). **National Research Programme NRP 64**. Opportunities and risks of nanomaterials: results, outcome and perspectives –final brochure. Wildhainweg, Mar. 2017. Disponível em: <http://www.nrp64.ch/SiteCollectionDocuments/Final_Brochure_NRP64_E.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2020.

TNS. **Nanovo**: inovação no setor de ovos terá destaque na feira SIAVS. Florianópolis, 24 ago. 2017. Disponível em: <<http://tnsolution.com.br/2017/08/24/nanovo-na-feira-siavs/>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

WEYERMÜLLER, André R.; ROCHA, Leonel Severo. Paradoxo e meio ambiente: Uma Perspectiva Luhmaniana. **Novos Estudos Jurídicos**. [recurso eletrônico]. – Vol. 20, nº.3 (set./dez. 2015) – 907-929. [Itajaí] : Ed. da Universidade do Vale do Itajaí.

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 jun. 2020.

CAPÍTULO 11

CONTRATO SOCIAL DO SÉCULO XXI E A DESCONTINUIDADE DA ORDEM

Data de aceite: 01/10/2020

Juliano Brito

Direito UNILASALLE Canoas

RESUMO: O artigo analisa as mudanças sociais contemporâneas que tanto emergem dos mercados, das sociedades (civis) e dos Estados, quanto os conformam. O *topos* para pensar essas três instituições é o Contrato Social, via contextualização histórica das suas transformações na era moderna e contemporânea. O objetivo do artigo é então contextualizar o contrato social em disputa na sociedade global e propor um posicionamento valorativo ou ético que oriente teoria e prática para a ação em sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato Social, Capitalismo, Ordem, Sociedade, Valores Éticos.

21st CENTURY SOCIAL CONTRACT AND THE DISCONTINUITY OF THE ORDER

ABSTRACT: The article analyzes the contemporary social changes that emerge from markets, societies (civil) and states, and conform them. The *topos* to think about these three institutions is the Social Contract, through the historical contextualization of its transformations in the modern and contemporary era. The purpose of the article is to contextualize the social contract in dispute in the global society and propose an ethical or value position that guides theory and practice for action in society.

KEYWORDS: Social Contract, Capitalism, Order, Society, Ethical Values, Law, Constitution, Taxation, Income Tax, Wage.

1 | INTRODUÇÃO

Que há uma crise do capitalismo global em curso, uma crise do modo de produção capitalista, a observação e a informação cotidiana denuncia. Nada é como já foi há poucos anos, meses ou dias, o ritmo das mudanças é acelerado, mas essas não são acompanhadas de um frenesi de progresso e visionarismo, antes de um mal-estar de pessimismo e dissolução.

A crise pode ser meramente regressiva, e nesse caso pode gerar um retorno às condições políticas e sociais anteriores ao *New Deal* e o *Welfare State* europeu do pós-guerra. Ou, a crise pode muito bem ser progressiva, e terá potencial para gerar resultados mais abrangentes e inéditas condições sociais, econômicas e políticas.

Se crise há e produz mudanças na ordem econômica, política e social, é crível imaginarmos um cenário apocalítico onde 1% da população global construirá um Estado de Guerra para manter os outros 99% fora dos muros de suas propriedades, ou estamos autorizados a sonhar com caminhos mais sustentáveis e solidários para as pessoas em um Estado de Paz? Ou não estamos autorizados a prognosticar nada pois, como querem Santos (2016) e Wallerstein

(2002) com base em leituras da obra de Prigogine, em momentos de bifurcações da ordem, a aleatoriedade dos acontecimentos, a conjugação dos fatos e a interação dos agentes, pode gerar mudanças que se constituem em novas ordens ou réplicas mais ou menos desordenadas da mesma ordem.

Ao invés de tomar partido por uma previsão de futuro, nos limitaremos a tentar estabelecer critérios valorativos que possam, em conjunto com critérios valorativos de propostas de outros agentes e na proporção em que compatibilizem, nortear qualquer ação, no campo da Política ou do Direito, que mantenha a ideia de progresso e de uma sociedade boa.

A opção pela contratualística social *rousseaneana* para servir de lugar comum retórico ou *topos* para o pensamento foi inicialmente tomada de empréstimo dos textos analisados de autoria do Professor Boaventura de Souza Santos e de Immanuel Wallerstein, que dialogam sobre mudança social sob a perspectiva de bifurcações da ordem.

Por outro lado, para uma aproximação à temática do mercado como base de modelos de desenvolvimento social, recorreu-se a Amartia Sen, autor que faz sua análise econômica sob a perspectiva dos consensos sociais possíveis e longe de pretensões tecnocráticas, o que se adequa à proposta do artigo e ao recorte contratualista adotado. Destaca-se, ainda, o recurso aos textos do Professor Manuel Castells e alguns de seus interlocutores, na análise do desenvolvimento do capitalismo sob a dinâmica da tecnologia.

Por fim, para a parcela prospectiva do artigo, onde se pretende fixar o conjunto de valores sobre os quais a agência social deve buscar interlocutores, recorreu-se a textos de Luigi Ferrajoli e Ingo Sarlet.

O artigo foi desenvolvido no bojo das pesquisas sobre renda básica universal como garantia dos direitos fundamentais sociais para fins de dissertação de mestrado. O método utilizado foi o dedutivo através de revisão bibliográfica.

2 | REVOLUÇÕES E CRISES

Em padrão binário podemos simplificar as hipóteses correntemente levantadas pelos cientistas sociais sobre a crise. Ou a crise é manifestação aleatória reiterativa do sistema e só leva a outras crises, ou é uma mudança modal e reorganizativa do excedente da riqueza gerada pelo sistema. A primeira simplificação parece ser o campo onde gravitam as análises econômicas de conjuntura e prognósticos de curto e médio prazo. A segunda é a que nos interessa, não tanto pela assertividade, mas pela abrangência da análise para além dos paradigmas do Mercado, e para os limites dos paradigmas do Estado e da Sociedade.

Para essa hipótese o capitalismo, na sua fase industrial, viu inverter-se a relação entre o econômico e social para extinguir a servidão e criar o emprego, forjando a modernidade. Na sua fase atual, informacional, o capitalismo está extinguindo o emprego e

forjando uma nova forma de relacionamento do homem com o meio, alterando o conteúdo da modernidade (CARAÇA, 2013) e, portanto, essa mudança envolve todas as dimensões da cultura humana. (CASTELLS, CARDOSO e CARAÇA, 2013)

A crise, portanto, desse ponto de vista, é a nova revolução tecnológica-industrial que a partir dos anos 1970 começou a remodelar a base material das sociedades em ritmo acelerado, como já ocorrera nas revoluções industriais anteriores. (CASTELLS, CARDOSO e CARAÇA, 2013)

Veja-se o histórico de interações entre tecnologia, mercado e sociedade sob o ponto de vista de Castells (1999). Em 1400, quando a Europa entrava no Renascimento Cultural, a China já era a civilização mais avançada em tecnologia do mundo, sendo que fundia o ferro em alto-forno desde 200 a.c.

Além disso, inventou a bússola em 960 d.c e por isso tinha os navios mais avançados do mundo no Século XIV, naves que possibilitavam longas viagens marítimas. A China foi responsável pelas invenções basilares nos setores militar (pólvora), medicinal (acupuntura), e de tecnologia da informação (imprensa e papel) com séculos de antecedência ao aparecimento dessas inovações na Europa. (CASTELLS, 1999)

O gigante da Ásia esteve a ponto de se industrializar no Século XIV, mas entre 1300 e 1800 entrou em um processo de isolamento induzido pelo Estado, o que levou a China a um processo de fome, epidemias, dominação colonial e guerra civil até a Revolução Comunista de meados do Século XX.

Foi na Europa, entretanto, sob a organização mercantilista da economia, fortemente baseada na expansão marítima dos Impérios, que a partir do século XVI foram criadas as condições para a criação do sistema-mundo capitalista atual. (WALLERSTEIN, 2002)

Daí que ocorreu a primeira revolução industrial na Europa, a partir do último terço do Século XVIII, sendo caracterizada pelas novas tecnologias da máquina a vapor, fiadeira, o processo de *Cort* em metalurgia e a substituição das ferramentas manuais pelas máquinas. (CASTELLS, 1999)

A segunda revolução industrial ocorreu cerca de um século depois, por volta do final do século XIX, e destacou-se pelo desenvolvimento da eletricidade, do motor de combustão interna, de produtos químicos com base científica, de fundição eficiente de aço e pelas tecnologias da comunicação, como o telégrafo, e o telefone. A eletricidade e seu uso difundido a partir de 1870 mudou os transportes, telégrafos, iluminação, o trabalho nas fábricas. (CASTELLS, 1999)

As fábricas são fruto da primeira revolução industrial e da máquina a vapor, mas foi o motor elétrico que tornou possível a organização do trabalho em larga escala nas fábricas, com o desenvolvimento de técnicas de administração social do trabalho como o *taylorismo* e o *fordismo*. (CASTELLS, 1999)

Nada na história universal cultural, científica, política ou militar antes da revolução industrial poderia explicar a supremacia ocidental entre 1750 e 1940, deslocando o centro do mundo para a Inglaterra, Europa Ocidental e América do Norte e apagando para os

ocidentais a cultura chinesa, que fora superior na era pré-renascentista. (CASTELLS, 1999)

A tecnologia, expressando condições sociais específicas, introduziu uma nova trajetória histórica à sociedade global na segunda metade do século XVIII. Todos esses processos tem a energia para produzir, distribuir e comunicar como base, sendo que as duas Revoluções Industriais se difundiram por todo o sistema econômico e permearam todo o tecido social, aumentando a força do corpo humano, e expandindo a mente humana, e provocando viragens do econômico para o social, provocando deslocamentos humanos em larga escala e forjando novas estratificações sociais. (CASTELLS, 1999)

A terceira revolução industrial começou a ser preparada com a invenção do transistor em 1947, nos Estados Unidos da América, invenção essa que possibilitou a seus criadores serem agraciados com o Prêmio Nobel. O transistor possibilitou o processamento de impulsos elétricos em velocidade rápida e em modo binário de interrupção e amplificação, permitindo a codificação da lógica e da comunicação com e entre as máquinas. (CASTELLS, 1999)

São os chamados semicondutores, ou *chips*, que desde 1954 tem o silício, um subproduto da areia, como base material, e que desencadearam as invenções subsequentes do Circuito Integrado (1957), responsável pela difusão massiva da microeletrônica com barateamento de custos e aumento de capacidade de armazenamento e do microprocessador (1971), que permitiu utilizar a invenção do computador (1946) para fins comerciais. (CASTELLS, 1999)

Nos últimos 20 anos do século XX, o aumento da capacidade dos *chips* resultou em um aumento impressionante da capacidade dos microcomputadores, sendo que desde 1980 passaram a atuar em rede, com maior mobilidade (portáteis). As telecomunicações também foram revolucionadas com a criação dos roteadores e comutadores, e por fim da transmissão por fibra ótica e laser, culminando com a criação da internet e da rede mundial de computadores. A terceira revolução industrial, ao contrário do que se poderia supor, tem reforçado o regime de concentração do capital na economia capitalista. (CASTELLS, 1999)

Segundo Wallerstein (2002), um sistema é capitalista se a dinâmica primária da atividade social é acumulação incessante do capital (lei do valor) o que requer a mercantilização crescente de todas as coisas em caráter global, através de cadeias internacionais de mercadorias que determinam as fronteiras da divisão do trabalho da economia mundial.

Wallerstein (2002) defende que embora o termo globalização tenha entrado na moda na década de 1970, as cadeias transnacionais de mercadorias já eram globais desde a segunda metade do século XIX, mas foi o progresso da tecnologia que tornou possível transportar mais e diferentes tipos de itens através de longas distâncias.

A extrema concentração da riqueza que marca a fase atual do capitalismo nada mais é que o resultado de um dos traços mais elementares do capitalismo, a sua necessidade imperativa de se expandir, em termos de produção total e de geografia,

incessantemente, na busca de mais concentração de capital. (WALLERSTEIN, 2002)

Outro traço de não somenos importância seria a externalização de custos, ou seja, o segredo sujo dos capitalistas de não pagar suas contas, transferindo à sociedade os custos econômicos, sociais e ecológicos de suas atividades. (WALLERSTEIN, 2002)

Não se pode afirmar categoricamente o grau de preponderância que o advento do novo paradigma tecnológico na geração da crise do capitalismo *keynesiano* e nos estados de bem-estar-social do norte global e em suas réplicas do sul global, pois diversos outros fatores, como o encerramento do ciclo de desruralização do Oriente, por exemplo, mereceriam ser explorados.

Mas é de se fixar a hipótese de que uma das razões para o enfraquecimento da clivagem entre capitalistas e trabalhadores, que embalou as disputas em campos ideológicos antagônicos durante os últimos duzentos anos, decorre da liberdade que as tecnologias da informação emprestaram ao capital para atuar como informação reproduzível, desconectada do meio a ser industrialmente transformado e do trabalho subordinado a essa tarefa.

A circunstância do capital real passar a gerar capital informativo (especulativo-informacional), permitindo novos modelos de acumulação desvinculados do extrativismo, mercantilismo e industrialismo, que sempre reclamaram trabalho intensivo, é uma das mais importantes causas de turbulência da ordem social contemporânea, seja por desconectar o real do virtual, seja por tornar as crises mais frequentes. (CASTELLS, CARDOSO e CARAÇA, 2013)

E esse sistema de dinheiro como informação reproduzível entrou em crise em 2008. A crise explodiu nos Estados Unidos e se alastrou pela Zona do Euro como resultado da combinação de diversos condicionantes, como a transformação tecnológica das finanças, a desregulamentação dos mercados financeiros, a securitização de todos os ativos, o aumento da acumulação de capital na China e em países da OPEP com a contrapartida na geração de liquidez de crédito nos Estados Unidos, o medo irracional dos operadores e investidores incapazes de entender toda a máquina especulativa da qual são engrenagens, e a falta de supervisão das práticas de corretagem de títulos e valores mobiliários. (CASTELLS, CARDOSO e CARAÇA, 2013)

A crise decorreu da união da liberdade absoluta das finanças com o individualismo como estilo de vida, que conduziu uma nova geração de gestores de empresas focados em cada vez maiores lucros de curto prazo numa trilha de decisões arriscadas e temerárias (FERRAJOLI, 2014).

A crise não atingiu todos os países de forma igual. Nos Estados Unidos a crise imediatamente favoreceu a eleição de Barack Obama e sua plataforma de reformas políticas e sociais (CASTELLS, CARDOSO e CARAÇA, 2013), que acabaram não saindo do papel por dificuldades políticas. Mas a persistência da crise gerou mais recentemente a eleição da ultradireita na figura de Donald Trump, com uma plataforma de contenção de gastos públicos, denúncia de tratados internacionais e realinhamento da política externa

norte-americana.

A crise norte-americana e europeia encontrou o Brasil no auge de um ciclo de prosperidade econômica, impulsionada pelo preço das commodities em escala internacional, crédito farto e investimentos públicos de grande porte nas áreas de educação e infraestrutura, e no primeiro momento não fez mais que uma marola, nas palavras do Presidente Lula. (GALHARDO, 2008)

Mas os efeitos da crise como o realinhamento da política econômica norte-americana às vicissitudes da “Grande Recessão” (Willians, 2013), o aprofundamento das políticas recessivas na zona do euro com as intervenções em Islândia, Grécia, Irlanda e Portugal (CASTELLS, CARDOSO e CARAÇA, 2013), aliadas às mudanças importantes da economia asiática e à perda de liquidez internacional, só demoraram a serem sentidos no país em função de políticas de estímulos de demanda de consumo baseadas em desonerações fiscais concedidas indiscriminadamente a diversos setores. (SOUZA, 2015)

A crise no Brasil foi diferida ao final do segundo Governo Lula para a primeira metade do primeiro mandato do Governo Dilma Roussef. Em novembro de 2014 o Governo Brasileiro nomeia como Ministro da Economia Joaquim Levy, ex-funcionário do Fundo Monetário Internacional e então do Banco Bradesco, para comandar uma governança baseada em orçamentos de austeridade, ou seja, o mesmo padrão ilógico e destrutivo (WILLIANS, 2013), adotado pelos Estados Unidos e pela União Europeia para lidar com a crise.

As dificuldades políticas do Governo Dilma no Congresso, entretanto, fizeram o Governo diferir o fim das desonerações fiscais, baseadas fortemente na substituição de contribuições sobre a folha de salários para contribuições sobre os faturamentos em vertiginosa queda, e na isenção de imposto sobre produtos industrializados, mantendo a arrecadação em queda acelerada e desorganizando o setor produtivo.

O Brasil rapidamente entra em *default* orçamentário face à acentuada queda de arrecadação e a inflexibilidade da quase totalidade do orçamento federal, e uma conjunção de ebulição social inaugurada em junho de 2013 com grandes protestos por todo país e a desagregação da base de apoio parlamentar do Governo o fez acabar em junho de 2016 por um processo de *impeachment* baseado em questões técnico-orçamentárias.

O novo Governo passa a ser chefiado pelo então Vice-Presidente Michel Temer, que aplica de forma implacável o receituário ilógico e destrutivo de tratar recessão com contenção de gastos, e manteve a economia em crônica recessão com base em forte aumento dos preços administrativos (combustível e energia) e desvalorização do câmbio.

Com a ascensão da direita ao poder no Brasil em 2019, possibilitada pela eleição de Jair Bolsonaro no pleito eleitoral de 2018, a expectativa é que se reforcem as políticas econômicas de desmonte do Estado Social. A ascensão da direita política no Brasil, após vinte e cinco anos de governos de centro-esquerda, tem explicação dentro da análise de evolução do modo de produção capitalista.

A resposta dos Estados nacionais à crise, em geral, tem sido orçamentos de austeridade. Estados Unidos, União Européia, América Latina, todos responderam ou ainda tentam responder com menos tributos, menos regulamentação do trabalho, menos serviços, menos garantias básicas, menos investimentos sociais.

Não é a toa que desde 2011 o mundo vive sucessivas Revoluções e Agitações Sociais, citando Islândia, Tunísia, Egito, Turquia, Grécia, Espanha, EUA, Chile, Argentina, América Central, México e outros mais de 80 países (CASTELLS, 2017).

As crises, embora não possam ser alheadas da atividade humana sobre a natureza e do individualismo exacerbado próprio de um estágio alto do liberalismo econômico e social, são estruturais, sendo que a cada duas gerações são observadas desde a Revolução Industrial e a cada quatro gerações degeneram em guerras (JOÃO CARAÇA, 2013).

O que há de notável na atual crise é que da turbulência se agudizam processos de mudança social que a seguir serão analisados, sob a chave teórica do contrato social.

3 | CRISE DO CONTRATO SOCIAL

No aspecto social a crise do século XXI vai atuar como rarefação do discurso do progresso que embalou a modernidade do Século XIX e XX e vai afetar severamente a confiança das sociedades na representação política e nas promessas da modernidade, sendo que o termo crise passa a substituir o termo progresso como definição do estado das coisas (WILLIAMS, 2013), e corroer processos de solidariedade social, ameaçando anular os progressos civilizatórios cristalizados nos direitos fundamentais (FERRAJOLLI, 2014).

Representação política e promessas da modernidade essas que estão profundamente impregnadas pela teoria do pacto social de Hobbes, Locke e Rousseau, metáfora de criação da Sociedade e do Estado que tem acompanhado o pensamento liberal por séculos e forjado a visão do mundo dentro da sua matriz. Segundo Rousseau:

Suponho que os homens tenham chegado ao ponto em que os obstáculos que prejudicam a sua conservação no estado da natureza prevalecem sobre as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Então, esse estado primitivo não pode mais subsistir e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser.

Ora, como os homens não podem gerar novas forças, mas somente unir e dirigir as que existem, eles não têm outro meio para se conservar senão o de formar por agregação uma soma de forças capaz de prevalecer sobre a resistência, de mobilizá-las com uma só motivação e de fazê-las operar conjuntamente.

Essa soma de forças só pode nascer do concurso de várias delas. Mas sendo a força e a liberdade de cada homem os primeiros instrumentos de sua conservação, como ele poderia empregar-os sem se prejudicar e sem

negligenciar os cuidados devidos? Essa dificuldade, no que atine ao meu tema, pode ser enunciada nos seguintes termos: "Como encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum as pessoas e os bens de cada associado, e pelo qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, no entanto, a si mesmo, e permaneça tão livre quanto antes"? Esse é o problema fundamental ao qual o contrato social dá solução. As cláusulas desse contrato são tão determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria inúteis e sem efeito, de sorte que, embora nunca tenham sido formalmente enunciadas, elas são em toda parte as mesmas, em toda parte tacitamente admitidas e reconhecidas. Até que, sendo o pacto social violado, todos voltam aos seus primeiros direitos e retomam a sua liberdade natural, perdendo a liberdade pactuada pela qual renunciaram àqueles. (ROUSSEAU, 2011, p. 65)

Santos (2016), para quem as mudanças em curso afetam a ordem social em forma de bifurcações (PRIGOGINE, 2002) cujos resultados não são prognosticáveis, faz a análise do estado atual do contrato social a partir do triunfo do liberalismo em 1848, quando a preocupação primeira do Estado Liberal deixou de ser a luta contra o antigo regime e passou a ser a oposição às políticas reivindicatórias das classes derrotadas na Revolução de 1848.

Foi a partir de então que os combates pela emancipação social passaram a exprimir-se com base no contrato social, em tentativas de exclusão e inclusão nele, seja pelas estratégias reformistas dentro do sistema, seja pelas estratégias revolucionárias contra o sistema. (SANTOS, 2016)

Essa dinâmica entre reformistas e revolucionários de um lado, buscando maior inclusão nos termos do contrato social, e conservadores de outro, tentando de forma inflexível manter vastos contingentes fora do contrato social, conduziram a resultados palpáveis estribados dentro do Estado Liberal, na forma de Estados-Providência fortes na Europa e Estados-Providência fracos na América do Norte. (SANTOS, 2016)

A crise do reformismo decorre da morte da estratégia revolucionária do socialismo como meio de produção, o que gerou a crise do Estado-Providência e a consequente crise do Estado-Desenvolvimentista nos países periféricos e semiperiféricos, através de ajustamentos estruturais via cortes drásticos nas já incipientes despesas sociais do Estado. (SANTOS, 2016)

Segundo o Professor de Coimbra, encontramos-nos num período de transição que pode ser descrito da seguinte maneira:

[...] vivemos num período que enfrentamos problemas modernos para os quais não existem soluções modernas. Continuamos obcecados pelas ideias de uma ordem e de uma sociedade boas, quanto mais não seja devido à natureza da (des)ordem que reina nestas nossas sociedades em que são cada vez maiores a desigualdade e a exclusão – exatamente num momento da história em que pareceria que os avanços tecnológicos existem para que nossas sociedades sejam diferentes e melhores. (SANTOS, 2016, p. 23)

Diante desse quadro, Santos (2016) formula a ideia de crise do contrato social que, com seus critérios de inclusão e exclusão e seus princípios metacontratuais presidiu a organização da vida econômica, política e cultural das sociedades modernas e que nos últimos vinte anos tem sofrido, enquanto paradigma da modernidade, um período de grande turbulência.

Para Santos (2016) o contrato social assenta em três pressupostos: regime geral de valores (bem comum e vontade geral como ideias congregadoras do indivíduo em sociedade), sistema geral de medidas (concepção de tempo e espaço homogêneas através da qual se permite separar o natural do social e estabelecer meios quantitativos de comparação entre diferentes manifestações sociais, como trabalho, salários, riscos e danos) e tempo-espaço privilegiado (no âmbitos dos estados nacionais em quadros temporais diferentes mas compatíveis entre si, como eleições, negociações coletivas, tribunais, burocracia).

Analisa o sociólogo do Direito que o regime geral de valores parece ser incapaz de resistir à fragmentação da sociedade em muitos *apartheids* e sua polarização segundo eixos sociais, políticos, econômicos e culturais, fazendo a luta pelo bem comum perder o sentido, assim como a luta por definições alternativas de bem comum, transformando a vontade geral em uma proposta absurda. (SANTOS, 2016)

O Estado perde a centralidade como regulador da sociedade e o Direito estatal vai tornando-se labiríntico, desorganizado, disputando espaço com poderes de fato que à força dos poderes políticos que detém transformam facticidade em norma, competindo com o Estado pelo monopólio da violência e do direito. (SANTOS, 2016)

Observa, ainda, que os valores da modernidade, como liberdade, igualdade, autonomia, subjetividade, justiça e solidariedade, passam a ter significações diversas para os grupos sociais, assim como ganham um excesso de carga valorativa, o que gera a trivialização e a naturalização das antinomias a esses valores. (SANTOS, 2016)

Em relação ao sistema comum de medidas, observa que o tempo e espaço neutros, lineares e homogêneos, regidos por relações de causa e efeito, desapareceram das ciências, e que essa falta se faz agora notar no cotidiano e nas relações sociais, alterando a escala dos conflitos de forma a gerar estranhamento, desfamiliarização, surpresa, perplexidade e invisibilidade nos mais diversos domínios da prática social. (SANTOS, 2016)

Não há relação de causa e efeito previsível, por exemplo, nos eventos de violência urbana no Brasil, onde banalidades geram atrocidades, a fazer pensar com Prigogine que as sociedades estão a viver um período de bifurcação, uma situação de instabilidade sistêmica em que uma mudança menor pode, de uma maneira imprevisível e caótica, dar origem a transformações qualitativas, reduzindo as alternativas e criando impotência e passividade. (SANTOS, 2016)

No que tange aos espaços tempo nacionais, cedem primazia à importância crescente dos espaços-tempo globais e locais, tornando intrincada a ordenação de cada quadro

temporal que funcionam em ritmos incompatíveis com a temporalidade do Estado nacional, sendo que o ciber-espço e seu tempo-instante são mais rápidos que qualquer regulação ou deliberação por parte do Estado, enquanto o tempo glacial da degradação ecológica é demasiado lento para poder ser compatível com qualquer dos quadros temporais dos Estados nacionais, que tentam canibalizar o tempo glacial –espço. (SANTOS, 2016)

A volatilidade dos mercados financeiros e o aquecimento global deram origem a crises que produzem impacto sobre a política e a legitimidade do Estado exatamente devido à inadequação das respostas dadas por este. A questão ecológica cria a necessidade urgente de uma alternativa global ao desenvolvimento capitalista, no mesmo passo que torna impossível conceber ou adotar essa alternativa. (SANTOS, 2016)

A crise do contrato social não anula os processos de inclusão, mas faz o predomínio dos processos de exclusão, em duas perspectivas: a exclusão do contrato de grupos e interesses sociais até agora incluídos, via confisco dos direitos de cidadania, como se vê nas reformas dos sistemas de seguridade social, e o impedimento de acesso à cidadania dos postulantes a tal posição, frustrando as expectativas sociais. (SANTOS, 2016)

O trabalho deixa de servir de suporte à cidadania, e a cidadania deixa de servir de suporte ao trabalho, que embora domine cada vez mais o tempo de vida das pessoas está a desaparecer das referências éticas que dão suporte à autonomia e autoestima dos sujeitos. (SANTOS, 2016)

A exclusão gera o fascismo social e a expulsão dos trabalhadores não qualificados, migrantes, minorias étnicas e desempregados crônicos da sociedade periférica à sociedade incivil, onde vivem em estado natural, em crise paradigmática de desmodernização que gera a chamada sociedade de risco. (SANTOS, 2016)

Uma vez que a crise reordena a clivagem entre regulação (experiências sociais da vida atual) e emancipação (expectativas sociais da vida futura), elimina a expectativa de progresso ou de vida mais justa no futuro, sendo que o presente está marcado não mais pela dicotomia entre presente difícil futuro glorioso, mas pelo presente difícil e futuro pior. (SANTOS, 2016)

Também converge nesse raciocínio Marquez (2011) para quem a extensão e cobertura dos direitos sociais nos Estados Ocidentais do pós-guerra geraram os “trinta anos gloriosos” que se estenderam entre 1945 a 1975, durante os quais tem crucial relevância o emprego assalariado de tipo fordista que foi o nexos entre o individual e o coletivo, a porta de entrada da cidadania em sua dimensão social.

Essa pauta tinha como características marcantes os valores da certeza e a segurança no emprego, que vai se constituir no critério de reconhecimento individual de si e do outro, e justificar a crença em narrativas históricas que se assemelham à carreira de uma pessoa em um posto de emprego: linear, progressiva, ininterrupta e ascendente. (MARQUEZ, 2011)

Entretanto as mudanças que impactam hoje a pauta de emprego fordista colocaram em dúvida a narrativa de vida dos indivíduos e da história, corroendo a relação entre

emprego, cidadania e Estado de Bem-Estar, sendo que as novas tendências sociais são a instabilidade, a insegurança, e a incerteza, e o resultado é a criação de cidadanias débeis e vulnerabilidades sociais. (MARQUEZ, 2011)

Nesse sentido ainda que alguns extratos sociais seguem sendo cidadãos, de fato são cada vez menos pessoas que podem desfrutar desse *status* e dos direitos dele decorrentes. (MARQUEZ, 2011)

O próximo capítulo consiste em utilizar essas premissas para desenvolver uma reflexão prospectiva de quais valores devem ser trazidos ao centro do pensamento crítico para instrumentalizar um enfrentamento à corrosão do tecido social que o desmonte do Estado Social gera.

4 I PRESSUPOSTOS ÉTICOS PARA UM NOVO CONTRATO SOCIAL

O objetivo da reflexão que dá corpo ao artigo é, como enunciado introdutoriamente, estabelecer pressupostos ético-valorativos mínimos que possam orientar a agência perante o reconhecimento do risco de viver a contemporaneidade sob as bases de um contrato social parcial, que inclui uns poucos, e exclui a maioria.

Segundo Dallari (2003), as reflexões éticas não podem pretender impor verdades, isso seria uma contradição. Para Dallari (2003) a ética não é uma questão teórica, mas uma questão prática que traz à consciência humana suas possibilidades e responsabilidades.

O primeiro valor ético, prossegue o Professor paulista, é a pessoa humana e seu aspecto social, sendo que o próprio individualismo liberal foi forjado sob a luta pelo igualitarismo, pela busca de igual respeito e consideração a todas as pessoas independentemente de classe ou religião inicialmente. (DALLARI, 2003)

Aristóteles, defende que o animal político nada mais é que o animal que depende do outro para viver, só existe na convivência, destacando a dependência que o ser humano tem do outro durante os primeiros anos de vida, o que não se observa em algumas espécies animais. (DALLARI, 2003)

A evolução da humanidade, ao contrário de isolar o homem, aumentou a interdependência. Prova disso é que a imensa maioria de nós se alimentou hoje mas não plantou o que comeu, ou seja, beneficiou-se da convivência, aspecto que supera a vivência. (DALLARI, 2003)

Esse animal tem, segundo Aristóteles, a consciência do bem e do mal, do justo e do injusto, mas tem também, segundo Kant, um egoísmo essencial, que o faz optar pelo injusto sempre que se coloca perante a questão “perco eu ou perde o outro”. (DALLARI, 2003)

Para eleger o justo, ou seja, aquilo que o indivíduo considera justo, é preciso se afiliar a valores, que são uma ética social, e que sofrem influxos do modo de produção, das

tradições, das mudanças sociais, mas cujo valor central nunca pode ser derrotado, que é o valor da pessoa humana. (DALLARI, 2003)

Partindo-se assim da premissa que o contrato social do pós-guerra está desfeito, e que isso significa um rompimento econômico, político e social com o espaço-tempo do *welfare state*, resta a tarefa de pensar o contrato social sob a inflexão dessas questões históricas e éticas.

Num primeiro aspecto, pode se dar por superado o projeto emancipatório que pretendia submeter as relações econômicas ao monopólio do Estado e reconhecer que se conhecem apenas dois modos de produção, que são capitalismo e estatismo. (CASTELLS, 1999)

Deve-se reconhecer, ademais, que a economia de mercado é a própria sociedade civil em suas relações com valor econômico. Segundo Sen (2010), ser genericamente contra o mercado seria tão estapafúrdio quanto ser contra a troca de palavras entre as pessoas.

Entretanto, a contribuição do mecanismo de mercado para o crescimento econômico é obviamente importante, mas vem depois do reconhecimento do direito de participar desse mesmo mercado. (SEN, 2010)

A agência passa por incluir a todos em mercados que respeitem os recortes culturais e identitários de cada população local, em especial seus projetos de modernidade e bem viver, assim como a variável ambiental. (SEN, 2010)

A exclusão da maioria da população aos direitos de cidadania não é, por certo, um fenômeno historicamente recente. Ao contrário, a regra na sociedade planetária é pequenos contingentes de pessoas usufruindo de condições materiais muito boas, via de regra concentrando por isso poder político e influência social, e vastos exércitos de excluídos cuja única propriedade é a força de trabalho e cujas liberdades são inexistentes ou extremamente limitadas por condições materiais rasteiras. (SEN, 2010)

O que é certo é que ao menos as sociedades do Norte global atingiram um patamar de liberdades e igualdade e bem-estar coletivo inédito entre 1945 e 1975, e as sociedades periféricas do Sul global também experimentaram uma significativa melhora nas condições de vida das suas populações entre os anos 1950 e 2000. (SANTOS, 2016)

Foi a economia de mercado que possibilitou a inclusão de grandes contingentes humanos à cidadania, sendo que os incluídos reforçaram o mecanismo da economia de mercado com a geração de círculos virtuosos de crescimento econômico. A ampliação da base populacional também foi efeito e causa realimentadora dos ciclos de expansão, passando-se de 1 bilhão de pessoas na época da primeira Revolução Industrial em 1850, a sete bilhões de pessoas atualmente ao complementar-se o ciclo da Terceira Revolução Tecnológica. (CASTELLS, 1999)

Aliás, foi a viragem do econômico para o social que extinguiu a servidão e criou o emprego que libertou vasto contingente de indivíduos da escravidão e da exclusão e os

incluiu no intercambio econômico que é papel básico da vida social, sendo a liberdade de transações econômicas o grande motor do crescimento econômico. (SEN, 2010)

A modernidade, portanto, foi o período histórico em que a inclusão superou a exclusão. Mas para entendermos as dicotomias da modernidade, necessariamente temos que trabalhar também os conceitos de inclusão injusta e exclusão (SEN e KLIKSBERG, 2010).

As privações não decorrem necessariamente da exclusão social, mas também derivam da inclusão injusta, que seria a base da teoria marxista, segundo a qual o problema consiste no fato do trabalhador estar incluído numa relação de produção na qual ele recebe menos do que lhe é devido, sendo que grande parte dos problemas de privação surge de termos desfavoráveis de inclusão e de condições adversas de participação que nominar de exclusão seria forçado. (SEN e KLIKSBERG, 2010).

O recurso ao economista indiano é importante para trazer à baila, ainda, a sua proposta de umas práxis que não leve a luta contra a inclusão injusta em exclusão, como por exemplo, no caso de movimentos sociais de países ricos propugnarem o não consumo de bens produzidos sob condições de trabalho adstritício ou exaustivo e lograrem êxito em inviabilizar economicamente as fábricas em questão, mas não formularem alternativas aos trabalhadores que passarão da inclusão injusta à exclusão total. (SEN, 2010)

Outro aparato racional fundamental é, segundo Sen, não deixar de dar recorte à realidade de classe, uma vez que com muita frequência, as mesmas pessoas que são pobres em termos de riqueza material sofrem também de analfabetismo, trabalham duramente sob condições terríveis, não tem poder político, não tem acesso a advogado, e são chutadas pela polícia. (SEN, 2010)

Além de uma economia de mercado inclusiva, um contrato social para o século XXI deve se fundar em quatro valores fundamentais, que são, segundo Ferrajoli, (2005) a igualdade, a democracia substancial, a paz e a lei do mais fraco.

A igualdade é o critério de identificação de quais direitos em disputa merecem tutela. (FERRAJOLI, 2005)

A democracia substancial deve funcionar como sistema de limites e vínculos impostos às maiorias e como limitação do conteúdo das decisões do legislador ordinário em observância aos direitos fundamentais. (FERRAJOLI, 2005)

A paz é a condição para a necessária convivência pacífica, a manutenção da vida, a integridade pessoal, a fruição dos direitos de liberdade e sociais e para a sobrevivência digna. (FERRAJOLI, 2005)

A lei do mais fraco é valor que serve como alternativa à lei do mais forte e que operaria em sua ausência, para tutelar o mais débil física, política, social e economicamente, retirando as suas vidas e liberdades da disponibilidade privada e da disposição dos poderes públicos, através de normas rígidas e universais, ou seja, pelos direitos fundamentais. (FERRAJOLI, 2005)

A esses quatro axiomas deve-se acrescentar um quinto, que é o da sustentabilidade, segundo o qual o modo de produção não pode externalizar seus custos para a sociedade sem uma repressão séria, sistematizada e eficaz, e que no momento de decidir entre acumulação de riqueza e distribuição de renda ou degradação ambiental, sabiamente optemos pela pobreza relativa à canibalização natural.

Num terceiro aspecto, deve-se lutar para fazer valer esses axiomas, seja contemplando-os em direitos fundamentais constitucionalizados, seja garantindo a efetividade dos mesmos após constitucionalizados. Nesse aspecto a luta é pela não regressividade do Direito.

A modernidade está marcada fundamentalmente pela conjugação da liberdade com a igualdade. A luta da burguesia liberal pela emancipação econômica, segundo Sarlet (2001) forjou o pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho individualista, e consagrou direitos do indivíduo frente ao Estado (direitos de defesa), demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder: direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, liberdades de expressão, de imprensa, manifestação, reunião, associação, participação política e garantias processuais como devido processo legal, habeas corpus, direito de petição (direitos civis e políticos).

Já a luta do duplo da burguesia, o trabalhador, construiu os movimentos revolucionários do século XIX, de cunho compromissário do Estado como promotor de direitos, direitos do indivíduo perante o Estado que consistem em prestações sociais estatais como assistência social, saúde, educação, trabalho, onde se transita das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, especialmente no pós-guerra. (SARLET, 2001)

Para além dos direitos contra e perante o Estado, as sociedades atuais reclamam direitos de fraternidade ou solidariedade que se desprendem do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa, como são os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação, *novidireitos* esses erigidos como resposta à erosão dos direitos e liberdades fundamentais em face da degradação ambiental, das novas tecnologias, bioética, identidade e gênero. (SARLET, 2001)

A preservação da paz assume transcendental relevância para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais do homem considerado na sua individualidade, já que é na guerra e em períodos de exceção, que costumam ocorrer maiores violações dos direitos fundamentais. (SARLET, 2001)

Economia de mercado inclusiva em modelos de desenvolvimento sustentáveis, estruturação da existência em torno dos valores da igualdade, democracia substancial, paz, lei do mais fraco e sustentabilidade ambiental, e defesa do Estado de Direito fundado nos direitos fundamentais são, portanto, ideais e valores pelos quais os agentes podem

buscar conformar um novo contrato social.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo Prigogine (2002), o futuro não é dado, é incerto e está em aberto, pois o universo está em construção e a história humana, acontecimento particular da história do universo, acompanha essa mesma dinâmica de inacabamento, desvios, incertezas, flutuações, bifurcações.

Há uma mistura de determinismo e de imprevisibilidade, pois a criação do universo é antes de tudo uma criação de possibilidades, as quais algumas se realizam, outras não. Por isso, falar de realidades virtuais é falar de pré-realidades que fazemos acontecer em parte (ALMEIDA, 2004).

Dai que soe reconhecer, com Wallerstein (2002), que as mudanças sociais não se prestam a serem determinadas por leis previamente elaboradas nos cânones da ciência social, pois tal método significa importar para as ciências sociais a lógica da física *newtoniana*, e desprezar a força com que uma certa aleatoriedade dos acontecimentos joga com quaisquer tentativas de *pré-visões* de resultados de mudanças sociais, ou de construções de modelos heurísticos ou ideais a partir de observações da realidade histórica.

O progresso é possível, mas não é inevitável, e estamos em um momento de desaparecimento de um sistema histórico, o que obriga a tomada de escolhas históricas a partir das quais nossos aportes individuais e coletivos poderão fazer a diferença, sendo que essas escolhas são morais ou éticas. Deve-se fazer escolhas acerca de aportes éticos que valham para a vida em sociedade, sejam esses aportes passíveis ou não de gerar mudanças sociais desejadas.

E os aportes para um contrato social do século XXI são economia de mercado inclusiva em modelos de desenvolvimento sustentáveis, e uma vida diária, ou prática, centrada em torno dos valores da igualdade, da democracia substancial, da paz, da lei do mais fraco e da sustentabilidade ambiental, e da defesa do Estado de Direito fundado nos direitos fundamentais. Nessa ou noutra ordem.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria da Conceição. **A ciência como bifurcação**: uma homenagem a Ilya Prigogine. Revista FAMECOS. Porto Alegre, nº 23, abril 2004, p. 77-84.

CASTELLS, Manuel. CARDOSO, Gustavo. CARAÇA, João. As culturas da crise econômica: introdução. In: CASTELLS, Manuel. CARDOSO, Gustavo. CARAÇA, João (org.). **A crise e seus efeitos**: as culturas econômicas da mudança. Tradução de Alexandra Figueiredo, Líliliana Pacheco e Túlilila Marques. 1ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013..

CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede**: a era da informação, economia sociedade e cultura. Tradução Ronei de Venâncio Majer. 6ª ed, v.1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança**: movimentos sociais na era da internet. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

CARAÇA, João. A separação de culturas e o declínio da modernidade. *In*: CASTELLS, Manuel. CARDOSO, Gustavo. CARAÇA, João (org.). **A crise e seus efeitos**: as culturas econômicas da mudança. Tradução de Alexandra Figueiredo, Liliana Pacheco e Túlia Marques. 1ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Ética**. Palestra realizada em dezembro de 2003. E-book de domínio público. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=17801. Acesso em 22 nov. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**. Madrid: Ed. Trotta, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.

GALHARDO, Ricardo. Lula: crise é tsunami nos EUA e, se chegar ao Brasil, será 'marolinha'. Rio de Janeiro: **O Globo**, 2008. Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/lula-crise-tsunami-nos-eua-se-chegar-ao-brasil-sera-marolinha-3827410>. Acesso em 11 jul. 2020.

PRIGOGINE, Ilya. **As leis do caos**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. **Bifurcações da Ordem**: revolução, cidade, campo e indignação. São Paulo: Cortez, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução Bernardo Adjemberg et. al. São Paulo: Cia das Letras, 2010.

SOUZA, Leonardo. VILLAS BÔAS, Bruno. Dilma deu R\$ 458 bilhões em desonerações. São Paulo: **Folha de São Paulo**, 06 set. 2015. Disponível em <https://m.folha.uol.com.br/mercado/2015/09/1678317-dilma-deu-r-458-bilhoes-em-desoneracoes.shtml>. Acesso em 11 jul. 2020.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O Fim do Mundo como o Concebemos: ciência social para o século XXI**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

WILLIAMS, Rosalind. O apocalipse incessante da história contemporânea. *In*: CASTELLS, Manuel. CARDOSO, Gustavo. CARAÇA, João (org.). **A crise e seus efeitos**: as culturas econômicas da mudança. Tradução de Alexandra Figueiredo, Liliana Pacheco e Túlia Marques. 1ª ed. São Paulo: Paz

e Terra, 2013.

CAPÍTULO 12

DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE SANÇÃO NA TEORIA POSITIVISTA DE KELSEN À BOBBIO

Data de aceite: 01/10/2020

Heitor Antunes Milhomens

<http://lattes.cnpq.br/3446023579739224>

RESUMO: Analisa a importância da sanção na escola positivista, destacando o seu tratamento na estrutura da norma contida na Teoria Pura do Direito idealizada por Kelsen, traçando um paralelo com o Estado liberal, para em seguida confrontar com a compreensão de Bobbio, que analisa a sanção a partir de sua função no ordenamento jurídico, conferindo uma maior importância à sanção positiva, até então ignorada pela maioria dos filósofos do direito. O estudo da sanção a partir destes autores nos permite traçar claramente a forma como o instituto da sanção evoluiu na escola positivista, adequando-se ao Estado Social contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo, Sanção premial, Sanção positiva, Hans Kelsen, Norberto Bobbio.

ABSTRACT: This essay analyze the importance of the sanction in the positivist school, highlighting its treatment in the norm's structure contained in the Pure Theory of Law idealized by Kelsen, drawing a parallel with the liberal State, then confronting with Bobbio's understanding, which analyzes the sanction from its function in the juridical order, giving a greater importance to the positive sanction. The study of the sanction from these authors allows us to clearly trace

the way of the institute of sanction has evolved in the positivist school, adapting itself to the contemporary welfare state.

KEYWORDS: Positivism, Premier sanction, Positive sanction, Hans Kelsen, Norberto Bobbio.

1 | INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a realizar uma análise das sanções na teoria do direito estruturalista e funcionalista, compreendendo a sua importância na concepção de um modelo normativo, tendo como enfoque a evolução na escola positivista desde a obra de Kelsen até os estudos de Bobbio.

Iniciaremos nossa análise a partir de uma breve contextualização histórica, desde o Estado liberal às mudanças de paradigma trazida pelo Estado social, traçando um paralelo de como estes dois períodos históricos distintos influenciaram na evolução do conceito de sanção na escola positivista, de Kelsen à Bobbio.

Superada a breve contextualização histórica, dedicaremos um segundo capítulo para, entendendo a formação do pensamento positivista, adentrarmos em uma detida análise da abordagem estruturalista do direito forjada na doutrina de Kelsen, entendo qual o papel ocupado pela sanção nesta estrutura e como ela serve ao Estado liberal.

Prosseguindo na evolução do pensamento jurídico positivista, destinaremos

o terceiro capítulo a realizar a análise da sanção dentro do funcionalismo do direito, na forma idealizada por Bobbio. Pretendemos, com este exame, demonstrar como a dimensão funcionalista da sanção permitiu uma reorganização da teoria do direito, que se adequou aos preceitos do Estado social, ampliando as possibilidades de regular o comportamento humano.

Desde já, achamos pertinente deixar claro que as dimensões estruturalistas e funcionalistas da sanção não são antagônicas, mas sim complementares, numa linha regular e contínua de evolução da concepção da teoria do direito na escola positivista.

21 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-ECONÔMICA: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

As bases da doutrina do liberalismo econômico remontam ao século XVIII e teve como maior expoente a obra de Adam Smith, a partir da qual populariza-se a noção do *laissez faire*, de que o mercado é altamente eficaz em organizar a atividade econômica, sendo capaz de sozinho, livre de interferências, levar a sociedade ao progresso, através de sua ‘mão invisível’.

O liberalismo econômico é resultado do cartesianismo, da autonomização das ciências, muito em voga no século das luzes. Através dele, buscou-se emancipar a economia de qualquer influência dogmática externa a ela própria. Para a teoria liberal, o melhor governo seria aquele que menos governasse, ou seja, que menos interferência exercesse no mercado.

Sob a ótica jurídica, o estado deveria manter uma postura mais contida, cuidando tão somente de garantir a paz social através da coação, quando provocado. Ao agente que agisse contra a norma produzida pelo estado, deveria ser impingida uma sanção negativa que tivesse força a desestimular a prática de atos contrários à lei.

Miguel Reale (2002, p. 675) destaca que a possibilidade de violação do Direito é um exercício da liberdade, devendo o indivíduo arcar com o ônus da sanção, que segundo conceitua, é “toda consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento obrigatório”. Portanto, a sanção é gênero, do qual deriva a espécie coação, que é uma sanção de ordem física.

Na lógica liberal, enquanto o direito preocupava-se apenas em manter a paz social, o mercado deveria se mostrar prodígio em regular as relações privadas. Todavia, não foi o que aconteceu. Através do *crack* da bolsa de valores de Nova York, em 1929, e da Grande Depressão que se seguiu na década de 1930, a história nos mostrou que os mercados muitas vezes falham na melhor alocação dos recursos, gerando graves prejuízo sociais.

O resultado social do colapso do Estado liberal foi devastador. A ineficiência do mercado em, sozinho, incentivar as boas condutas e regular a vida privada levou a população à miséria, fazendo com que problemas sociais, que nunca haviam sido encarados pelo sistema econômico, se agravassem ainda mais, demonstrando a falibilidade na crença de

que a ‘mão invisível’ seria eficaz em alcançar, sempre, o benefício social propagandeado pelo liberalismo.

Uma vez constatada a ineficiência do sistema econômico então vigente, abriu-se espaço à intervenção estatal para otimizar a alocação de recursos, corrigindo as falhas do mercado. Surge, então, a partir da década de 1930, através do regime reformista norte-americano do *New Deal*, o *welfare state* com o seu regime intervencionista, através do qual, além de garantir a paz social através da coerção, o Estado Social passa a organizar e disciplinar o processo econômico. Segundo Eros Roberto Grau (1981, p.60), doravante, “a mão invisível de Adam Smith é então substituída pela mão visível do Estado, conformadora da ordem econômica”.

O Estado passaria a atuar intervindo na ordem social. Para Grau (2011, p. 27) este Estado intervencionista desencadeia um salto qualitativo, que acaba por enriquecer o conteúdo da atuação estatal. Nesse contexto, além de atuar como produtor do direito e provedor de segurança, também utilizará este mesmo direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas.

Assim, a superação da teoria liberal faz, ainda, com que a economia abandone irremediavelmente o hermetismo científico cartesiano e volte a ser uma ciência capaz de dialogar com outras fontes. Se o Estado pretende regular a economia e corrigir as falhas de mercado, é natural que o faça através de sua ferramenta de controle e pacificação social mais efetiva, qual seja, o direito.

Esta atuação estatal intervencionista, à medida que altera a doutrina econômica, igualmente gera irremediáveis consequências na teoria do direito positivista. Quando o Estado assume a função de promover políticas públicas, surge a função promocional do direito.

Nesta nova lógica, as sanções seriam ferramentas jurídicas que visam assegurar a execução das regras de direito produzidas pelo estado. Na nova dinâmica da teoria do direito, as sanções não seriam unicamente repressivas e poderiam prever, até mesmo, a outorga de vantagens destinadas a facilitar o cumprimento de determinados preceitos, de tal modo que as sanções podem ser preventivas, repressivas ou premiaias (Reale. 2002, p. 675).

Como observa Dantas, (2012, p. 2) “a técnica da sanção premial implica numa maior participação popular e no papel transformador da sociedade, na medida em que comportamentos socialmente desejados são incentivados pelo Estado”.

Feito este breve apanhado histórico, relacionando a forma como o direito e a economia se impactam mutuamente, passaremos a uma análise pormenorizada de como evoluiu a conceituação da sanção na moderna teoria do direito. Iniciaremos a análise da sanção na concepção positivista da escola de Viena, através da teoria estruturalista de Hans Kelsen, examinando como ela relaciona-se com a lógica do Estado liberal para, em seguida, mostrar a forma como a teoria do direito evolui para compreender a função promocional do

Estado social, através da construção da sanção premial, tarefa que encontrou seu ápice na teoria funcionalista do italiano Norberto Bobbio.

3 I SANÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO DE KELSEN

O regramento social através do Direito parece acompanhar a humanidade desde o seu surgimento. Tão logo as sociedades alcancem um grau de complexidade, parece surgir uma dicotomia entre o Direito natural, aquele decorrente das leis da própria natureza, independentemente de seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, e o Direito posto, aquele decorrente da atividade social, que pode emanar do povo ou ser ditado pelo soberano.

Para que se possa compreender a evolução do raciocínio jurídico até o positivismo de Kelsen, devemos recorrer, em linhas gerais, aos registros históricos da cultura ocidental, que nos mostram a importância do Direito posto como ferramenta de organização social.

Remontando à origem clássica do direito, ainda na história antiga, veremos que aperfeiçoamento do discurso jurídico no império romano e a sua imposição estatal foi um dos pilares que sustentou a *Pax Romana*, que prometia dar um ambiente de paz aos povos que aceitassem a submissão ao poder militar e às leis de Roma. Todavia, a invasão dos povos bárbaros que motivou a queda do império romano gerou uma fragmentação do poder estatal, inaugurando a era feudal.

O Feudalismo implementou um novo sistema econômico, político e social baseado em um ordenamento jurídico onde o Direito posto buscava regular uma situação servo-contratual, em que o soberano, detentor do poder militar, ditava as normas que deveriam regular a sua relação com os servos que pretendessem explorar suas terras para o plantio da cultura de subsistência.

Neste período, o ordenamento jurídico retraiu em complexidade, se comparado ao ordenamento jurídico romano. Não havia uma preocupação em regular as relações sociais em geral. O cerne da atuação jurídica estava em afirmar a posição hierárquica da nobreza sobre os servos. Este cenário de estagnação do Direito perdurou por quase mil anos, e foi superada pelo surgimento dos estados nacionais.

A partir de então, aquela parca produção do Direito medieval começa a ser unificada e ganha validade para todo um território nacional. À medida em que as relações sociais voltam a adquirir certa complexidade, igualmente complexo vai se tornando o ordenamento jurídico. Há uma necessidade em abandonar-se a arte do dizer justo, para dar lugar a um novo direito posto, que deva ser observado por todos os membros do Estado. Naturalmente, o crescimento e burocratização da máquina estatal faz com que o Direito natural perca cada vez mais espaço.

O significativo e contínuo aumento da complexidade das relações sociais faz com que o ordenamento jurídico se expanda para regular os diversos aspectos da vida humana.

Paralelamente, o avanço das ciências naturais inaugura uma nova forma de organizar o conhecimento humano, que encontra seu apogeu no método científico de Descartes.

A fragmentação do objeto de estudo de uma ciência, para possibilitar-lhe melhor entendimento e compreensão gera um conhecimento cada vez mais especializado. Esta forma de produção de conhecimento nas ciências naturais seduziu também as ciências sociais, o que culminou no desenvolvimento do positivismo na obra de Comte.

Usando como paradigma as ciências como a física e a biologia, passa-se a exigir das ciências sociais, para que sejam acatadas enquanto ciência, que adotem um método científico rigoroso, calcado na neutralidade do seu objeto, que deve ser ascético e autônomo, e na descrição objetiva de seus fatos. Busca-se arduamente se afastar do subjetivismo.

À medida que a produção jurídica estatal, o Direito posto, vai se intensificando e buscando dar sustentação ao próprio Estado, surgem diversas teorias que buscam justificar esta sustentação. Naturalmente, dentre estas diversas teorias, surgem algumas que, encampando o positivismo de Comte, buscam dar emancipação ao direito enquanto ciência. Destaca-se que esta busca não é infundada. Por detrás dela há uma preocupação em, tornando o direito objetivo, dar-lhe maior previsibilidade, conferindo-lhe uma segurança decorrente de uma pretensa neutralidade na interpretação das leis.

Como se vê, o Direito passa por um processo de purificação semelhante ao que ocorreu na Economia, que culminou na formulação da teoria liberal.

Curiosamente, o ápice desta emancipação no direito se dá por Kelsen, a partir de 1934, com a formulação de sua Teoria Pura do Direito, enquanto a doutrina econômica liberal já entrava em declínio.

Hans Kelsen é um dos principais juristas a trazer, para o estudo do direito, as concepções do cientificismo e do positivismo de Comte, e sem dúvida, é aquele que o faz com maior destreza. Na Teoria Pura do Direito, procura delimitar o objeto de investigação do que pretende ser uma ciência do direito, dando-lhe um *status* cientificista e emancipatório. É uma teoria ascética, que aparta o direito de todos os elementos e ciências considerados estranhos a si, tais como a ética, os valores sociais, a ciência política, a economia, a sociologia e etc.

Não deixando dúvidas sobre sua trajetória e objetivos, Kelsen (1994, prefácio) confessa que:

“há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto”.

É inegável que a teoria de Kelsen trouxe um grande avanço ao estudo da teoria do direito, considerando-se o ordenamento jurídico como um sistema de normas. A partir dela é possível estudar o direito em sua estrutura, constituindo-se numa técnica de controle social que baseava-se em uma ameaça estatal para impedir que o indivíduo agisse contra

a norma jurídica produzida pelo Estado, sob pena da aplicação de uma sanção negativa.

Diz-se que a Teoria Pura do Direito é estruturalista por que preocupa-se em entender como o Direito é, como organizam-se as normas na estrutura do ordenamento jurídico. Não há uma preocupação com os fins do direito. O recorte metodológico de Kelsen opta por entender o direito enquanto um conjunto de normas e estuda-las a partir da esfera do dever-ser, de tal modo que a função do direito estirai restrita à esfera do ser, devendo então ser estudada não pelo Direito puro, mas pela Sociologia (Salgado. 2008, p. 192).

Devemos fazer a reflexão de que não existe uma Teoria do Direito, mas sim várias. Cada Teoria do Direito concebida por determinado autor, positivista ou não, traz dentro de si um conceito de sanção, que muitas vezes é entendida como um mal, dotada de papel coercitivo. Grande parte dos teóricos não deixam claros os seus recortes metodológicos ou ideológicos através do qual conferem maior ou menor amplitude ao conceito e extensão da sanção em sua Teoria do Direito, embora uma leitura mais atenta seja capaz de revelar a posição política daquele que fala, mesmo que inconfesso. Na Teoria Pura do Direito, vemos que o papel reservado à sanção é meramente de controle social, fazendo do Direito uma instância de solução de conflitos, de um Estado que só age quando provocado.

Para Kelsen, a ordem jurídica constitui-se em instrumento de segurança coletiva, procurando proteger os indivíduos que estão submetido à ordem estatal contra o emprego da força por parte de outros indivíduos. O uso da força é um monopólio estatal para a garantia da segurança coletiva, através de uma ordem coercitiva (Kelsen. 1994, p. 40-41).

Ao estudar o direito a partir da estrutura das normas, Kelsen reconhece a existência de uma espécie de sanção que é positiva. Ao tratar da sanção na Teoria Pura do Direito, Kelsen (1994, p. 49) deixa transparecer o seguinte raciocínio:

Conforme o modo pelo qual as ações humanas são prescritas ou proibidas, podem distinguir-se diferentes tipos – tipos ideais, não tipos médios. A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer consequências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio, que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal – a privação de certos bens, como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa.

Em outra passagem (1986, p. 49), assegura:

O estabelecimento de sanções se dá em aplicação do princípio da retribuição, decisivo para o convívio social. Pode ser formulado: se um membro da comunidade conduz-se de uma maneira que lesa o interesse da comunidade, deve ser punido, i.e. deve ser-lhe causado um mal. Se se conduz, porém,

de uma maneira que fomenta os interesses da comunidade, deve ser recompensado, i.e., deve ser-lhe causado um bem. No princípio retributivo expressa-se o princípio da Justiça da igualdade: igual por igual, bem por bem, mal por mal. Como o princípio do Talião: olho por olho, dente por dente.

Para Kelsen, não há dúvidas de que a sanção é um gênero, do qual derivam as espécies sanção negativa (coercitiva) e sanção positiva (premia). A sanção “não tem caráter exclusivamente prescritivo ou imperativista”. Ao contrário, admite que as “modernas ordens jurídicas, também, contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações” (Kelsen. 1994, p. 37).

Entretanto, apesar de todo este reconhecimento da sanção positiva, Kelsen (1994, p. 25) aduz que a sanção positiva não é comum a todas as ordens jurídicas, e nem sequer uma função essencial da sanção. Feitas tais considerações, não reserva mais muitas linhas para tratar das sanções premiais em sua obra, atribuindo-lhe apenas um papel secundário:

É digno de nota o fato de que entre as duas sanções aqui apresentadas como típicas – a ameaça de desvantagem em caso de desobediência (punição, no sentido mais amplo do termo) e a promessa de vantagem no caso de obediência (a recompensa) -, a primeira desempenha um papel muito mais importante que a segunda na realidade social.

Reforçando, então, a ótica central da sanção na teoria pura, Kelsen (1994, p. 121-122) concebe o direito como uma ordem de coerção em que as sanções, caracterizadas pelo uso da força física, atribuindo-se um mal ao indivíduo, e podem se dar de duas formas: pena e execução forçada.

Ao destinar à sanção positiva um papel secundário e até mesmo dispensável dentro da sua Teoria Pura do Direito, Kelsen tenta excluir de sua teoria qualquer caráter ideológico.

Para Kelsen, a sanção deve ser encarada dentro da estrutura do Direito como como um comando de complemento à norma, que determina um mal à quem descumprir a lei. Espera do estado uma postura de abstenção, então: não há interferência nas relações sociais, até que haja um descumprimento do direito posto, positivado, quando então deve-se imputar um mal ao agente que agiu contra os interesses da sociedade para puni-lo.

Se, em razão da emancipação científica pretendida, não é possível afirmar categoricamente que Kelsen trazia em sua Teoria Pura do Direito uma forte ideologia liberal, pode-se afirmar que as suas ideias e concepções de sanção adequavam-se perfeitamente ao ordenamento jurídico que era pretendido pela doutrina econômica do liberalismo.

4 | TEORIA FUNCIONALISTA DE BOBBIO

O advento do Estado social trouxe consigo novas perspectivas de controle social, que não se limitam mais àquelas empregadas pelo Estado liberal clássico. Passa a ser crescente a necessidade de se empregar novas técnicas de incentivo e encorajamento dos

indivíduos, em acréscimo ou substituição aos procedimentos de sanção tradicional.

Na teoria estruturalista de Kelsen (1998, p. 121), lembre-se, o direito consiste em uma ordem coercitiva, onde “toda regra jurídica obriga os seres humanos a observarem certas condutas sob certas circunstâncias”, onde a partir de tal ordem, caso haja o desrespeito ao previsto em determinada norma jurídica, tal conduta, por ser contrária ao direito posto, precisa ser reprimida, sancionada (Vieira et al, p. 6).

Se não houve tempo para que os paradigmas do Estado social refletissem na Teoria do Direito proposta por Kelsen, esta reflexão coube, anos depois, à Bobbio, para quem “esta nova perspectiva suplanta as teorias de direito ainda hoje dominantes, que concebem o direito apenas com função protetora em relação aos atos lícitos e repressora em relação aos atos ilícitos (Bobbio. 2007, p. 2).

Ao longo de sua obra, Bobbio claramente tem como seu principal interlocutor Hans Kelsen. Todavia, parece dar ao conceito de sanção uma importância distinta da que lhe reservava o jusfilósofo de Viena, o que impacta na sua própria conceituação de Direito, na qual a sanção, para além de se situar na estrutura da norma, possui uma função: garantir o cumprimento das diretrizes do Estado.

Sobre o tema, Bobbio (2008, p. 152-3) aduz:

Uma norma prescreve o que deve ser. Mas aquilo que deve ser não corresponde sempre ao que é. Se a ação real não corresponde à ação prescrita, afirma-se que a norma foi violada. É da natureza de toda a prescrição ser violada, enquanto exprime não o que é, mas o que deve ser. À violação, dá-se o nome de ilícito. O ilícito consiste em uma ação quando a norma é um imperativo negativo e em uma omissão quando a norma é um imperativo positivo. No primeiro caso, afirma-se que a norma não foi observada, no segundo, que não foi executada. (...) A ação que é cumprida sobre a conduta não conforme para anulá-la, ou pelo menos para eliminar suas consequências danosas, é precisamente aquilo que se chama de sanção. A sanção pode ser definida, por este ponto de vista, como o expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias.

Embora seja inegavelmente um autor que se filia à corrente de pensamento positivista, uma grande diferença de Bobbio em relação à Kelsen é que o autor italiano não pretende que o direito seja uma ciência ascética. Apesar de não questionar o caráter científico do Direito, Bobbio busca reinserir no âmbito da metodologia da ciência do Direito o diálogo com a política e outras ciências sociais (Salgado. 2008, p. 31).

Neste viés, Bobbio é autor de severas críticas à Teoria Pura do Direito. Para ele, a neutralidade da ciência jurídica é uma falácia. Não há como se desvincular o Direito de uma ideologia política ou social, e isso transparece mesmo na obra de Kelsen, na medida em que, ainda que involuntariamente, há a aceitação de uma função do Direito que, como parte da teoria, é negada por Kelsen. A crítica de Bobbio à Kelsen reside no sofisma extraído da Teoria Pura de que o Direito não deve se preocupar com a sua função. Todavia, mesmo preocupado com as questões estruturalistas do Direito e não encarando a sua função,

Kelsen não deixa de afirmar que a função do Direito é a paz ou a segurança social, e que a sanção servirá para assegurar o cumprimento da norma. Sobre esta crítica, Bobbio (in Greppi. 1998, p. 11) manifesta:

“Não existe uma teoria tão ascética que não deixe intuir elementos ideológicos que nenhuma pureza metodológica chega a eliminar por inteiro. Inclusive a teoria pura do Direito de Kelsen, em que encontrei minha fonte principal de inspiração para uma Teoria Geral do Direito e que sempre tenho presente como modelo, também nos meus escritos de teoria política, toma como ponto de partida o pressuposto, que bem pode ser considerado ideológico, de que o Direito enquanto tal, inclusive se é definido de forma neutra como técnica de organização social, tem uma função social axiologicamente positiva, até o ponto de que pode ser considerado um meio necessário para alcançar e conservar o bem coletivo como a paz interna e a paz internacional”

E ainda (Bobbio. 2002, p. 26):

“Hoje sabemos que o nobre castelo das ciências puras estava cheio de impureza ideológica. Por detrás do formalismo jurídico existia o ideal do Direito como ordem, de ordenamento jurídico como promotor e fiador da paz social, do Estado de Direito entendido kantianamente como Estado que não tem outro objetivo além do Direito (e não o bem-estar, a justiça, a felicidade dos súditos), um ideal essencialmente conservador de aceitação do status quo, adaptado aos tempos de estabilidade política já alcançada e uma ordem de estabilidade política e social mantida ou desejada imutável”.

Ao analisar o fator incorporado pela ideologia à Teoria do Direito de Bobbio, é certo que haverá reflexos ao entendimento da sanção. Se não é possível haver um Direito neutro, igualmente o enfoque que se dará à sanção não o será, e assim ela terá uma função muito determinada para os objetivos ideológicos do seu pensador. Todavia, o grande problema da Teoria Pura do Direito seria omitir e mesmo negar essa carga ideológica. Ao analisar o pensamento bobbiano, Salgado (2008, p. 36), assim sintetiza esta relação:

Para Bobbio, uma teoria do Direito que tenha enfoque na sanção negativa apresenta uma carga ideológica, pois foca-se em um elemento que é a pena e não o prêmio. Assim, essa teoria parte de alguns pressupostos, que muitas vezes não são explicitados, como: a) o homem precisa ser sancionado em suas condutas, b) é necessário um Estado que tenha o monopólio da força e o exerça através da coerção, c) a sanção negativa tem um efeito de manter a paz social etc.. Todos esses elementos são apresentados pelo juspositivismo como aspectos naturais e pertencentes ao próprio conceito de Direito. Porém, essa postura é ideológica, na medida em que se vale de uma visão de mundo particular. Para Bobbio, o grande problema não parece ser o de tomar uma posição quanto à sanção, bem porque é impossível um estudo 'neutro', mas sim de não explicitá-la.

Bobbio, então, desvincula-se da teoria de Kelsen e tenta suplantá-la, ao evitar a dicotomia entre ser e dever-ser, privilegiando uma teoria não da estrutura da norma, mas sim de sua função. Salgado (2008, p. 1) aponta que “Bobbio busca construir um novo conceito

de Direito que não dependa diretamente da coerção e que não fique enclausurado no mundo do dever-ser. A todo o momento o que se busca superar é o paradigma kelseniano”.

Nesse sentido, nos parece precisa a leitura de Vieira et al (p. 9):

no que tange ao raciocínio sobre a eficácia da sanção, Bobbio procurou uma maneira que evitasse a dicotomia entre *ser* e *dever ser*, pois o justifilósofo italiano entendeu que a função da sanção não estava relacionada a uma norma em particular, mas, ao contrário, tinha relação com o ordenamento jurídico.

Desse modo, com tal entendimento Bobbio aprimorou a concepção de Hans Kelsen de que o direito era um mero regulador da força (um instrumento de repressão institucionalizado) e passou a entender o direito também como um meio, um instrumento de promoção social e econômica.

O conceito da sanção positiva não foi cunhado por Bobbio. Muitos estudiosos apontam a obra de Jeremy Bentham, Teoria das Penas e das Recompensas, publicada ainda no Século XIX, como um marco do direito premial. Porém, dentre os autores de tradição positivista, Bobbio foi pioneiro em defender sanção positiva como ferramenta de um Estado promocional, principalmente a partir de sua obra intitulada “Da Estrutura à Função”, uma coletânea de artigos publicados na década de 1970.

Interessante a observação de Bobbio (2007, p. 24-25), no sentido de que a sanção premial pode consistir em “um prêmio econômico (uma compensação em dinheiro, *v.g.*), em um bem social (passagem para um status superior), um bem moral (condecorações e honrarias) ou um bem jurídico (privilégios)”. Igualmente se dá com a sanção negativa ou castigo: como “mal econômico (uma multa), social (banimento), moral (desonra), jurídico (perda da capacidade de elaborar testamento), ou físico (de açoites à decapitação)”

Sob uma perspectiva funcional, as medidas de encorajamento são utilizadas com o objetivo de mudança, enquanto que as medidas de desencorajamento são usadas com o objetivo de conservação social, de manutenção do *status quo*. (Bobbio. 2007, p. 19)

Para Bobbio, o Direito não deve ser inerte, buscando a provocação da parte interessada para a aplicação de uma sanção que busque dirimir um conflito social. Além de reprimir comportamentos *contra legem*, o Direito pode, e deve, ser incentivador comportamentos desejados, encampando a função positiva da sanção para trazer ao Estado um papel promocional, que se coaduna perfeitamente ao novo paradigma do Estado social.

Ao demonstrar a adequação desta lógica da função da sanção positiva no *Welfare State*, Bobbio (2007, p. 2) propugna:

Dando seguimento à profunda transformação que em todos os lugares deu origem ao *Welfare State*, os órgãos públicos perseguem os novos fins propostos à ação do Estado mediante novas técnicas de controle social. (...) proponho-me a examinar um dos aspectos mais relevantes – e ainda pouco estudados na própria sede da teoria geral do direito – das novas técnicas de controle social, as quais caracterizam a ação do Estado social dos nossos

tempos e a diferenciam profundamente da ação do Estado liberal clássico: o emprego cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas tradicionais de desencorajamento.

Parece-nos haver um reconhecimento de que o Direito sozinho não é capaz de explicar a complexidade dos fenômenos sociais, políticos e econômicos. Há uma necessidade latente de encarar uma Teoria do Direito holística, de textura aberta, capaz de dialogar com diversas ciências e saberes, para se alcançar um melhor entendimento de nossa complexa sociedade contemporânea, onde a revolução dos meios de comunicação tornou tudo altamente dinâmico.

Este reconhecimento faz com que Bobbio promova em sua teoria sensíveis mudanças na própria conceituação de Direito. Nesse sentido é a seguinte assertiva de Salgado (2008, p. 24):

O diálogo com essas áreas pode ter levado Bobbio a buscar incessantemente uma alternativa para os estudos de Direito de cunho positivista. Uma nova abordagem da sanção gerou a necessidade da reformulação do conceito de Direito. Isso porque alterar o conceito de sanção traz grandes conseqüências para um Direito que durante muitos anos se pautou na sanção para a sua própria definição. A mudança que Bobbio apresenta pode parecer pequena, porém levou a uma série de discussões, pois mexe no cerne do que se entende por Direito.

O entendimento de Bobbio é de que a eleição da sanção negativa em uma determinada Teoria do Direito, em detrimento da sanção positiva, representa uma carga ideológica de seu formulador (e vice-versa), pois o ordenamento jurídico dispõe das duas espécies de sanção. Apesar de entender que a predominância da espécie sanção negativa é histórica na cultura jurídica, via de regra a teoria que a privilegia tem uma concepção de que economia e direito estão dissociados, própria da doutrina liberal, exatamente como observamos na Teoria Pura de Kelsen.

Ao comparar a orientação político-ideológica das constituições e a respectiva função que dá ao Direito, Bobbio (2007, p. 13) chega à seguinte conclusão:

Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de tutelar (ou garantir). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior freqüência, a função de promover.

Devemos pensar a sanção como uma ferramenta do Direito para direcionar os comportamentos da sociedade. A sanção positiva tem enquanto função promover comportamentos socialmente desejáveis através de uma recompensa na forma de prêmios e incentivos. Em outra mão, a sanção negativa, através de correção, penas e multas, busca reprimir condutas socialmente reprováveis.

Nas palavras de Bobbio (2007, p. 24):

“A noção de sanção positiva deduz-se a contrário sensu, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo, o bem ao bem”.

A sanção negativa, típica de ordenamentos repressivos, pauta-se no objetivo de tornar a conduta impossível, difícil ou desvantajosa. Ao seu turno, a sanção positiva, em sinal contrário à sanção negativa, tem por objetivo tornar a ação desejada, fácil ou vantajosa. Para Bobbio, ao encampar a sanção positiva à sua teoria da função do Direito, se está promovendo uma ‘teoria da ação’ e não da omissão (Salgado. 2008, p. 121).

Todavia, deve-se deixar claro, as duas espécies de sanção não sobrepoem-se uma à outra: são duas faces de uma mesma moeda. Devem coexistir no ordenamento jurídico com a função de direcionar a ordem social no caminho em que a mão visível do Estado deseja. Enquanto a sanção negativa prevalecerá em campos jurídicos como o direito penal, a sanção premial tem mostrado que pode ser muito eficaz na seara tributária e ambiental, intervindo na atividade privada para apontar-lhe o caminho que as corporações devem seguir para alcançar o interesse social, na realização de sua função social. Mas, via de regra, todos ramos do direito trazem, em maior ou menor grau, uma combinação de ambas as espécies de sanção. Em verdade, não há uma disciplina jurídica que seja pautada exclusivamente não sanção negativa ou na sanção positiva.

O próprio direito penal, que leva a coerção às últimas consequências para reprimir condutas socialmente reprováveis, costuma oferecer uma recompensa ao réu que confessa o seu crime, que demonstra o seu arrependimento ao dano que causou à sociedade.

Assim, nos parece que o grande mérito de Bobbio no estudo da sanção à partir de sua teoria funcionalista do Direito reside em chamar à atenção do universo jusfilosófico que há uma valiosa espécie de sanção, qual seja, a sanção positiva, que constitui-se em uma poderosa ferramenta de direção social, e que vinha sendo negligenciada por muitas teorias do direito, notadamente a escola positivista. Destaca, ainda, que esta postura de negligenciar a sanção promocional é incompatível com o ordenamento jurídico que se pretende para o contemporâneo Estado social.

5 | CONCLUSÃO

Conforme tivemos oportunidade de discorrer ao longo deste estudo, a partir do estudo centrado na sanção e do papel que a mesma desempenha nas Teorias do Direito de Kelsen e Bobbio, é possível traçar um claro paralelo entre como aquela relaciona-se à doutrina do Estado liberal e esta adequa-se aos paradigmas trazidos pelo Estado social.

Enquanto Kelsen admitia as sanções positivas apenas como uma forma de outorga de medalhas e prêmios, não possuindo um peso maior no ordenamento jurídico, Bobbio enxerga além, refletindo sobre as transformações sociais implementadas pelo *Welfare*

State. Para ele, o ordenamento deve ser incrementado com uma maior aplicação da sanção premial, dando-lhe maior relevância.

Em nosso entendimento, esta mudança representa um avanço da escola positivista para adequar-se ao novo modelo de Estado vigente no mundo contemporâneo, abrindo mão de uma teoria ascética para aceitar o diálogo com outras ciências sociais na tentativa de melhor compreensão dos fenômenos de nossa sociedade.

Embora Kelsen já admitisse a existência de uma sanção positiva, para ele somente a sanção negativa era capaz de exercer um efetivo controle sobre os comportamentos através da coerção. Ao seu turno, reconhecendo um espaço mais amplo à sanção positiva na Teoria do Direito, Bobbio inova ao trazer uma possibilidade de direção social através do prêmio.

No entender de Bobbio, a sanção premial não suplanta a sanção negativa, mas a ela soma-se como mais uma forma de controle social. À medida que a sociedade torna-se cada vez mais complexa, o direito deve dispor de ferramentas igualmente complexas para atender-lhe. A sanção positiva, nesse cenário, possibilita uma direção social que não é pautada somente na restrição da liberdade.

Importante ressaltar que o controle social é a função da sanção. Na sanção negativa ela se dá pelo uso da força, da coerção. Na sanção positiva, decorre do poder estatal de encorajar determinada conduta. A persuasão, o direcionamento, dado pelo caráter retributivo da sanção premial, embora mais tênue, não lhe tira a função de controle social.

No entendimento de Bobbio (2007, p. 13), a sanção premial ocupará cada vez mais espaço no ordenamento jurídico:

no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais freqüente o uso de técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do Direito como ordenamento protetor-repressivo.

Parece-nos que o seu prognóstico foi acertado. É crescente a produção legislativa que busca implementar técnicas de encorajamento, geralmente através de leis de incentivo, fazendo com que a mão visível do Estado intervenha na economia, por exemplo, para otimizar a melhor alocação de recursos com o fim de atender o interesse social.

A cada dia o ordenamento jurídico aperfeiçoa-se para implementar um estado promocional. Uma rápida consulta à Constituição Federal de 1988, que implementou no Brasil um Estado social, em 13 (treze) oportunidades repete em seu texto o verbo promover, sempre no intuito de indicar uma política pública promocional que deve ser perseguida pelo Estado¹.

1. A Constituição Federal de 1988 prevê como objetivo da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação” (Art. 3, IV); é dever do Estado promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), promover a defesa contra calamidades públicas (art. 21, XVIII), promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX), combater as causas da pobreza e da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, X); é dever dos Municípios promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local (art. 30, IX); é dever do Presidente o

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. (trad. Maria Celeste Leite dos Santos) 6 ed, Brasília, UNB, 1995.

_____. **Da estrutura à função – Novos estudos de Teoria do Direito**. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007;

_____. **Teoria da norma jurídica**. 2 ed., Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edirpo, 2008.

_____. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do Direito**. (trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues). São Paulo: Ícone, 1995b.

_____. **Ensaio sobre ciência política na Itália**. (trad. Marcondes, Maria Celeste F. Faria). Brasília/São Paulo: Unb/Imprensa Oficial, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10/07/2016.

DANTAS, Gisane Tourinho. **Função promocional do direito e sanção premial na perspectiva metodológica de Durkheim**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 149, 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2374>>. Acesso em 02/07/2016.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

GREPPI, Andrea. **Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio**. Madrid, Marcial Pons, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986.

do Vice Presidente da República prestar compromisso de promover o bem geral do povo brasileiro (art. 78); admissão da concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país (art. 151, I); é dever do Estado promover e incentivar o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico (art. 180); estruturação do sistema financeiro nacional de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país (art. 192); é dever do Poder Público promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º), promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas (art. 218), e promover a educação ambiental (art. 225, VI).

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica - PUC. São Paulo, 2008. Disponível em: < [http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp062574 .pdf](http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp062574.pdf)>. Acesso em 05/06/2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as Ciências**. 4 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2006;

VIEIRA, Bruno Soeiro; JÚNIOR, Nelson Saule. **A extrafiscalidade tributária aplicada na proteção do meio ambiente artificial urbano e a Função Promocional segundo Norberto Bobbio**. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/150828_Funcao_promocional_do_Direito_e_protecao_do_meio__ambiente_artificial__Bruno_Vieira_e_Nelson_Saule.pdf>. Acesso em 02/07/2016.

O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO CÍVEL

Data de aceite: 01/10/2020

Data de submissão: 14/07/2020

Milena Rocha Carbonar

Instituto Federal do Paraná
Palmas – PR

<http://lattes.cnpq.br/1112600503163885>

Nayara de Fátima Verdi

Instituto Federal do Paraná
Palmas – PR

<http://lattes.cnpq.br/0405274879122755>

João Pedro do Prado Sanches

Instituto Federal do Paraná
Palmas – PR

<http://lattes.cnpq.br/8474493321767696>

RESUMO: O ordenamento jurídico brasileiro dispõe o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. Trata-se de um princípio de natureza processual decorrente da ideia de devido processo legal e garante o acesso do jurisdicionado a uma instância revisora de decisões judiciais. Este princípio é uma garantia para a parte que perdeu a lide, isso porque, este princípio tem a finalidade de garantir um novo apreciação do caso, mas agora, por novo juiz. Neste princípio, esta nova decisão é de competência designada aos órgãos superiores, cuja as decisões foram proferidas em primeira instância. Dessa forma, considera-se que o Duplo Grau de Jurisdição somente existe quando o tribunal *ad quem*, hierarquicamente superior na jurisprudência, aprecia o anseio trazido por uma das partes que

está infeliz com a decisão do juízo *a quo*. De praxe, apresentaremos o conceito a fim de um melhor entendimento. Ademais, discorreremos sobre seu surgimento e aspectos socioculturais que norteiam tal princípio, e a partir deste ponto traçado abordaremos discussões sobre sua natureza constitucional, visto que a doutrina brasileira diverge em considerar o Duplo Grau de Jurisdição como princípio constitucional e isso se deve ao fato de não haver previsão constitucional expressa. Após desenvolvermos os tópicos de forma mais profunda, compreenderemos sua relevância.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio Constitucional, Duplo Grau de Jurisdição, Recurso.

THE DOUBLE DEGREE PRINCIPLE OF JURISDICTION IN CIVIL PROCESS

ABSTRACT: The Brazilian legal framework has the principle of the double degree of jurisdiction. It is a procedural principle arising from the idea of due process and guarantees access by the court to a revise instance of judicial decisions. This principle is a guarantee for the party that lost the deal, that is why, this principle is intended to ensure a new appreciation of the case, but now, by a new one of a new judge. In this respect, this new decision is of competence assigned to the upper bodies, whose decisions were given at first instance. In this way, it is considered that the double degree of jurisdiction only exists when the court *ad quem*, hierarchically superior in jurisprudence, appreciates the longing brought by one of the parties who is unhappy with the decision of the judgment *a quo*. In practice, we will present the concept in order to better understand.

In addition, we will discuss its emergence and sociocultural aspects that guide this principle, and from this point we will discuss discussions about its constitutional nature, since the Brazilian doctrine diverges in considering the double degree of Jurisdiction as a constitutional principle and this is due to the fact that there is no explicit constitutional prediction. After developing the topics in a deeper way, we will understand its relevance.

KEYWORDS: Constitutional Principle, Dual Jurisdiction, Appeal.

1 | INTRODUÇÃO

Ao longo do procedimento comum, o juiz é o responsável por resolver questões, litigiosas ou não, proferindo decisões interlocutórias e sentenças, dizendo o Direito naquele caso concreto. Porém, se da decisão do juiz advém um erro, torna-se cabível a interposição do recurso pela parte que se sentiu prejudicada. Interposto o recurso, um novo julgador, ou grupo de julgadores, irá reaver a demanda, para averiguar se a decisão proferida anteriormente estava de acordo com os ditames legais e os princípios gerais do Direito. Quando interposto o recurso, inicia-se o contato do órgão recursal competente com a causa. Os recursos, portanto, são os meios pelos quais a fase recursal tem início.

Disso decorre que as partes podem se opor às decisões do juiz naquilo que as prejudiquem, uma vez que o processo civil cria mecanismos para formalizar essa insatisfação dentro do procedimento, instrumentalizando o devido processo legal com as suas garantias constitucionais. Desta forma, todo ato do juiz, que porventura possa prejudicar um direito ou interesse da parte, é passível de ser recorrível, todavia, faz-se necessário que os recursos acomodem-se às formas e oportunidades previstas em lei.

Ocorre que, não basta somente oportunizar o recurso, também é necessário que outro órgão se encarregue da revisão do que antes foi tido como impugnado. Isto quer dizer que, via de regra, a parte tem o direito, mediante recurso, de impugnar a decisão dada pelo Juízo que proferiu a primeira decisão, e é nesse âmbito que surge a interferência do princípio do duplo grau de jurisdição, indicando a possibilidade de revisão, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância), que corresponde à denominada jurisdição inferior, garantindo um novo julgamento por parte dos órgãos da jurisdição superior, ou órgãos de segunda instância.

2 | APORTE TEÓRICO

2.1 Conceito de princípio

Os princípios são definidos como as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico e harmonioso, permitindo sua compreensão. Tomando como base Amaral Júnior (1993, p. 27), fica nítida a diferença entre princípio e regra. Segundo ele:

Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e consequências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações.

Nesse sentido, os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras embora admitindo exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente. Os princípios, neste caso, fundamentam algum fenômeno; algo de extrema importância e que possui uma finalidade, estando associado às proposições e à normas fundamentais que norteiam o Direito.

2.2 Conceito de duplo grau de jurisdição

Tomando como base a doutrina, temos que o princípio do duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade de submeter a lide à exames sucessivos, por juízes diferentes, “como garantia da boa solução” (JUNIOR, 2003, p. 506). Em relação a terminologia “grau”, podemos classificá-la como uma fase do processo que refere-se a uma nova cognição e a nova pronúncia.

Tal princípio permite que a parte vencida, o Ministério Público ou o terceiro prejudicado tenha a matéria objeto da decisão apreciada novamente. Trata-se de um princípio constitucional, pertinente ao Direito Processual. O princípio do duplo grau de jurisdição objetiva garantir ao recorrente o direito de submeter a matéria decidida a uma nova apreciação jurisdicional, seja total ou parcial, desde que atendidos determinados pressupostos específicos, previstos em lei. Observando através de um outro aspecto, Amaral Santos (1989, pg.103) enfatiza de modo lacônico que:

A possibilidade do reexame recomenda ao juiz inferior maior cuidado na elaboração da sentença e o estímulo ao aprimoramento das suas aptidões funcionais, como título para sua ascensão nos quadros da magistratura. O órgão de grau superior pela sua maior experiência, se acha mais habilitado para reexaminar a causa e apreciar a sentença anterior, a qual por sua vez, funciona como elemento de freio a nova decisão que se vier a proferir.

Essa perspectiva exorta as duas faces do duplo grau de jurisdição, tendo de um lado, por parte do juiz de primeiro grau, o receio de sua decisão ser questionada, o que o leva, em tese, à tentativa de aprimorando de suas aptidões, no sentido de evitar reexame. De outro lado, temos a maior experiência a favor do juiz de grau superior, apresentando-se mais habilitado para resolver uma possível satisfação ou vício.

Além de garantir a revisão da decisão de primeiro grau, ele também compreende a proibição de que o tribunal *ad quem* conheça além daquilo que foi discutido em primeiro grau, ou seja, é um impedimento à supressão de instância. É válido salientar que o princípio

do duplo grau de jurisdição não se confunde com recorribilidade, visto que podemos presenciar recurso sem duplo grau de jurisdição, como ocorre nos recursos especiais e extraordinários.

2.3 Justificativa para sua existência

Como todo ser humano é falível, não causa estranhamento que o juiz possa cometer erros. Em decorrência disto, o exercício da prestação jurisdicional admite a possibilidade de cometimento de erros que impliquem um resultado injusto, contrariando o papel primordial do Direito de construir uma ordem social justa. A necessidade deste princípio se dá levando em consideração o fato de que é fundamental para o controle da atividade do juiz que haja revisão das decisões proferidas pelo magistrado do 1º grau por parte de um órgão superior, propiciando a revisão do julgado. Tendo os juízes de 2º grau mais bagagem jurídica, entende-se que tenham maior possibilidade de fazer surgir soluções adequadas aos casos concretos, sanando a insegurança acarretada pelas decisões de uma única instância.

Pelo fato do próprio ordenamento jurídico repudiar qualquer abuso por parte do juiz. Nesse sentido, a simples previsão de que suas decisões estão sujeitas a revisão por outro órgão do Poder Judiciário já previne que tais desvios ocorram.

Se tais abusos, porventura venham a ocorrer, existe a garantia de que as decisões sejam revistas. Como afirma Adriano Sant'Ana Pedra em seu artigo *A natureza principiológica do duplo grau de jurisdição*, Montesquieu já nos advertia que um juiz poderia tornar-se despótico ao saber que não haveria controle algum sobre as suas decisões.

O princípio além de satisfazer a inconformidade que é próprio do ser humano com decisões desfavoráveis, proporciona-lhe, no mínimo, um novo julgamento sobre a mesma questão, constituindo assim uma garantia fundamental de justiça. Dessa forma o vencido tem, dentro de certos limites, a possibilidade de obter uma nova manifestação do Poder.

É válido mencionar que não há, de forma alguma, qualquer tipo de desmerecimento com relação aos juízes de 1º grau, no sentido de que por não possuírem tanto aporte jurídico não possam proferir decisões sem que tenham vício ou qualquer outro tipo de inconformidade. Ocorre que a (s) parte (s) têm o direito de serem apreciadas novamente se caso não conformadas com a anterior. Tal hierarquização no Poder Judiciário confere aos litigantes essa possibilidade como forma de evitar novos equívocos ou descontentamentos na jurisprudência.

Outra questão que merece ser levantada é o fato de que não é porque os juízes de segundo grau que apreciam o recurso têm mais experiência que decidirão melhor que o magistrado de primeiro grau. Também não é pelo fato que decidiram em conjunto que o livrará de falhas, no entanto faz-se necessário compreender que, em tese, quando a decisão é proferida por órgão colegiado, ela está revestida de maior segurança. Não só os órgãos de primeiro grau podem cometer erros e injustiças no julgamento, mas também os de segundo.

Dada a determinada esfera, é válido ressaltar que os opositores do duplo grau de jurisdição já se manifestavam a muito tempo, para ser mais exato desde a Assembleia Nacional Constituinte, criada logo após a Revolução Francesa. Ocorre que, os detentores do poder viam no recurso uma certa forma de elitismo. Entendiam que os juizes de segundo grau exerceriam poder sobre os juizes de primeiro grau. Atendendo a essa prerrogativa, o ato constitucional de outubro de 1793, em seu artigo 87, declarou que as decisões da justiça civil eram definitivas, sem o cabimento de qualquer tipo de recurso ou reclamação. O cenário jurídico só mudou quando a Constituição francesa de 22 de agosto de 1795 (*Constitution du 5 Fructidor na III*), restabeleceu o duplo grau de jurisdição vigente até os dias de hoje, tanto na França quanto na maioria dos países ocidentais.

O duplo grau de jurisdição extrapola o âmbito jurídico, possui também conotação política, visto que nenhum ato estatal pode ficar imune aos controles, gerando um comprometimento do julgador, em razão de suas revisões poderem ser reexaminadas. É necessário que exista, ao menos, o controle interno a legalidade e a justiça das decisões judiciais.

2.4 O duplo grau de jurisdição como princípio constitucional implícito

É indiscutível que doutrina se divide com relação à natureza constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição. A Constituição de 1988, no inciso LV do art. 5º, assegurou a todos os litigantes em processo administrativo ou judicial o direito ao contraditório e à ampla defesa. Com todos os meios e recursos a ele inerentes; todavia, expressamente, não aludiu ao duplo grau de jurisdição, mas sim aos instrumentos inerentes ao exercício da ampla defesa. Por esse motivo, autorizada doutrina pátria repele que o duplo grau de jurisdição esteja alçado à categoria de princípio constitucional (JUNIOR, 2013, pág.18).

Cabe ressaltar que o Tratado do Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 27/92, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 6 de novembro de 1992, fazendo com que o Brasil submete-se a essa norma, como exorta o Art. 8º, que trata das garantias judiciais.

Sobre a ausência de previsão constitucional expressa, Nelson Nery Junior (2004, p. 41) assevera que:

Muito embora o princípio da do duplo grau de jurisdição esteja previsto na CF, não tem incidência ilimitada, como ocorreria no sistema da Constituição Imperial. De todo modo está garantindo pela lei maior. Quer dizer, a lei ordinária não poderá suprimir, pura e simplesmente, os recursos previstos na Constituição Federal.

Em contrapartida há aqueles que pugnam pelo perfil constitucional do referido princípio. Sem embargo de não vir expresso no texto constitucional, o princípio do duplo grau de jurisdição estaria ligado ao caráter constitucional em virtude de estar umbilicalmente ligado à moderna noção de Estado de Direito. Entretanto, advertem que o princípio, mesmo com cunho constitucional, comporta limitações.

Um quesito importante é que a Constituição não afasta o princípio do duplo grau de jurisdição quando estabelece a competência originária dos tribunais. Na verdade, nesses casos, a intenção é conferir maior segurança ao julgamento, feito por órgão colegiado composto por juízes mais experientes.

Calmon de Passos (2000, p. 69-70), tem um posicionamento um tanto quanto interessante sobre a abordagem. Ao seu ver, o duplo grau de jurisdição seria uma cláusula, o qual ele se refere como “devido processo constitucional jurisdicional”, proferindo que o efeito de tal princípio seria a correção da ilegalidade, funcionando com uma espécie de controle das decisões. Sobre as cláusulas do devido processo constitucional jurisdicional dispõe o autor que:

Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar.

Em seu artigo *O Duplo Grau de Jurisdição e sua garantia constitucional* (2008), Frederico Armando Teixeira Braga aborda brilhantemente aspectos muito importantes, como por exemplo ao analisar o Poder Judiciário e verificar que a maioria dos tribunais exercem a função de reexame das decisões proferidas por juízes de primeiro grau, ou seja, a maior parte dos tribunais é de segundo grau de jurisdição. Partindo disso, Constituição Federal garante, ao tratar da estrutura do Poder Judiciário, o princípio do duplo grau de jurisdição. Não obstante, a presença constitucional do duplo grau de jurisdição não significa o seu caráter absoluto. Nesse âmbito entra a figura de Fredie Didier Jr (2014, p. 28), ressaltando que:

Há casos, contudo, em que o próprio texto constitucional comete a tribunais superiores o exercício do primeiro grau de jurisdição, sem conferir a possibilidade de um segundo grau. Nessas situações, ao tribunal superior se comete o exercício de grau único de jurisdição, revelando-se, com isso, que o duplo grau de jurisdição não está referido, na estrutura constitucional, em termos absolutos.

Não há na Constituição de 1988 de forma expressa a garantia genérica do duplo grau de jurisdição, por isso tal preceito é prestigiado com um princípio e não como uma garantia. Se formos analisarmos de forma bem minuciosa verificaríamos que, na verdade o dito princípio não chega a constituir uma garantia, pois a Constituição Federal a ele apenas refere-se, não o garantindo.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, o presente debate que gira ao redor do princípio do duplo grau de jurisdição é importante, pois a própria Constituição Federal não o traz como uma garantia, mas sim como um princípio, o que acaba justificando a existência de um debate mais denso, que analise o princípio em questão nas mais profundas camadas e dimensões sobre a importância deste em um sentido de existência e inexistência e como ele é acatado no sistema jurídico brasileiro. Esse válido debate fomenta a discussão de maneiras para o Poder Judiciário ter seus atos realizados da forma mais imparcial e justa possível, para que todas as partes envolvidas na lide tenham seus interesses apreciados e julgados.

De fato, é possível haver exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição, podendo a legislação infraconstitucional restringir, ou até mesmo eliminar, a interposição de recursos em casos específicos. No entanto, sua importância e imprescindibilidade são irrefutáveis.

Partindo disso, pode-se concluir que com a existência do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição há uma maior apreciação dos processos em questão, e assim, as chances de haver vícios dentro das decisões tomadas dentro do Poder Judiciário sejam menores, havendo ainda, uma maior distribuição da jurisdição, tornando assim, nossa sociedade mais justa e proporcionando as partes uma maior segurança jurídica no processo civil.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo**. Revista de Direito do Consumidor, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993.

AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy** Esboços e críticas. Revista do Senado. Brasília, 2005. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf>. Acesso em jun. de 2019.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRAGA, T., Armando. **O princípio do duplo grau de jurisdição e sua garantia constitucional**. 2015. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=736>. Acesso em: 28 jun 2019.

CABRAL, Tiago. **O princípio do duplo grau de jurisdição**. Jusbrasil. 2019. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/715328190/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdiacao>>. Acesso em 21 julho de 2019.

DIDIER JR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 7ª edição. Salvador:jusPODIVM, 2009.

GOMES. Luiz Flávio. Normas. **Regras e Princípios: Conceitos e Distinções**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>>. Acesso em: 24 jun 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. Editora Malheiros, Ed. 21. São Paulo-SP, 2005

GUANDALINI. Raphael. **Princípio do Duplo Grau de Jurisdição**. Disponível em: <<https://rafhaelgv.jusbrasil.com.br/artigos/608925713/principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao>> Acesso em 10 jul 2019

JÚNIOR. T.,Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

PEDRA. S., A., Adriano. **A natureza principiológica do duplo grau de jurisdição**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41544>>. Acesso em: 02 jul 2019.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Processo Civil**. Editora Saraiva, 15ª ed. São Paulo-SP, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TAKO. M., Sérgio. **O duplo grau de jurisdição é materialmente constitucional?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao-e-materialmente-constitucional/14851>> Acesso em: 07 jul 2019

WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves **Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais. 2. Edição. São Paulo-SP, 2002.

A MEDIAÇÃO, A IMPORTÂNCIA DO MEDIADOR E SUA ATUAL RESPONSABILIDADE

Data de aceite: 01/10/2020

Data de submissão: 06/07/2020

Iracecilia Melsens Silva da Rocha

Ananindeua-Pará.

<http://lattes.cnpq.br/5832995248193804>

RESUMO: O presente artigo traz reflexão sobre o atual contexto de congestionamento e morosidade judicial e propõe debate sobre o tratamento adequado ao conflito e a busca de soluções dialogadas como critério de cidadania e fortalecimento da cultura de paz. Para tanto, lança estudo sobre mediação, papel do mediador, limites de atuação e responsabilidade do ofício exercido. Nessa esteira, conclui sobre a existência de espectros de responsabilização administrativa, civil, criminal e por improbidade para os mediadores que apresentam desvios de conduta. Por fim, como critério metodológico, utiliza-se de pesquisa bibliográfica, desenvolvido por meio de análise de textos doutrinários e normativos relevantes ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça, Mediação, Mediador, Responsabilidade, Valorização.

MEDIATION, MEDIATOR'S IMPORTANCE AND ITS CURRENT RESPONSABILITY

ABSTRACT: The purpose of this article is to promote an exposition of slowness of judicial apparatus and its congestion, showing a due approach to each kind of conflict and an offer

of dialogued solutions to reach citizenship and inculcating a culture of peace. Then, it pursues mediation's analysis, mediators role, procedures, limits, and responsibilities of mediators acting in brazilian justice system. Definitively, it concludes there are many fields of mediator responsibility: administrative, civil, criminal and administrative improbity. In conclusion, these presented ideas have followed an eminently bibliographical method, by means of civil process laws analysis with emphasis on mediation procedures legal texts, articles and books.

KEYWORDS: Justice, Mediation, Mediator, Responsibility, Valorization.

1 | INTRODUÇÃO

O conflito é tradicionalmente visto como embate, entrelaço de ideias ou mesmo divergência de fatos e pessoas. Essa visão antiga ainda caminha conjuntamente com a cultura da litigância exagerada e da terceirização das soluções de controvérsias da vida. Voltar novo olhar sobre as demandas e afinar novas formas de resolução de questões é o que se clama num Estado que está à beira do colapso judicial.

O presente artigo busca debater a importância da adoção de caminhos diferenciados para abordagens dos conflitos, dentre eles a mediação, uma vez que a resolução judicial tradicional, em que a um terceiro é dada a palavra final para resolução de um impasse,

está sendo confrontada nos últimos anos, seja por não atender a critérios objetivos de celeridade ideal, seja porque, subjetivamente, nem sempre uma sentença traduz a paz social almejada.

Nesse sentido, o objeto deste trabalho será o estudo da mediação, do papel do mediador, seus limites de atuação, bem como a responsabilidade administrativa, civil, criminal e por improbidade deste profissional, num panorama onde a mediação representa um caminho de consolidação de cidadania e acesso à Justiça.

De modo específico, utilizam-se dados doutrinários e legais para compreender o encargo que repousa sobre os ombros daqueles que representam hoje um novo modelo de justiça, em que o profissional que a conduz possui responsabilidade e essa funciona como critério de seleção, capacitação e de valorização da mediação em si e do profissional que exerce tão nobre mister.

2 I O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO COMO CAMINHO DE ACESSO À JUSTIÇA

A cultura da litigância encontra-se em crise, em razão de não conseguir responder em prazo razoável tudo que lhe é postulado, em que fatores morosidade e burocracia, implacavelmente, geram insegurança e insatisfação no seio social. Entende-se, neste sentido, que a antiga abordagem, a tradicional forma de pensar e resolver, não acompanhou a velocidade das mudanças sociais que os tempos atuais atravessam.

O conceito de acesso à justiça não mais se identifica somente com a admissão do processo em juízo ou mesmo com a superação de óbices de acesso a esse direito, como o de ordem financeira para representação judicial, por exemplo. Trata-se de uma ampla variedade de reformas, seja na estrutura dos tribunais, seja na facilitação da utilização de mecanismos privados ou informais para resolução de litígios. (CAPPELETTI; GARTH, 2002, p. 26).

É o que se vê no panorama brasileiro, em dados divulgados em 2018, a justiça brasileira chegou ao final do ano de 2017 com o acervo de 80,1 milhões de processos aguardando soluções definitivas. Dados que questionam, intrigam e desafiam a inteligência de todo corpo social, pois muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha buscado ampliar o acesso à Justiça, tal iniciativa não foi acompanhada do adequado aumento de estrutura dos órgãos prestadores de Jurisdição. (TARTUCE, 2019, p. 181).

O sentido de acesso à justiça precisa de nova roupagem e clama por novos rumos para encontrar a tão desejada harmonia social. O que realmente se quer, é que as demandas sejam ouvidas e admitidas por órgão que represente o ideal de Justiça. E além, que os acordos de interesses sejam ampliados não somente em números, mas igualmente no seu aspecto qualitativo, sob a perspectiva transformadora do conflito, com a libertária convicção que nem sempre o quantitativo é real sinônimo de resolução real de pedidos resistidos. Logo, o que se busca não são números, mas sim vidas resolvidas!

Nessa esteira, há muito tempo é evidenciada a necessidade de mudança na forma de pensar e realizar justiça. Há a premente necessidade de um novo pensamento, o qual seria capaz de romper antigas posturas próprias de um sistema distante das pessoas e que necessita enxergar a realidade dos conflitos que se passa fora processo. (DINAMARCO, 2001, p. 287).

Em essência, a efetividade que devemos tratar é exatamente aquela consagrada na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso XXXV, já que não seria suficiente tão somente abrir as portas do Poder Judiciário, mas de fato efetuar uma prestação jurisdicional condizente com a justiça eficiente, efetiva e justa que se almeja. Para tanto, deve haver um processo sem dilações temporais desnecessárias ou formalismos excessivos, que possa ofertar ao vencedor, no plano jurídico e social, tudo o que tenha real direito, tudo aquilo a que faça jus. (OLIVEIRA, 2006, p. 9).

Outrossim, a tutela jurisdicional deve ser eficiente, justa e efetiva, sem formalismos excessivos, sem propósito ou desarrazoado, próprios do advento do processualismo, após a demarcação do processo com autonomia científica, segundo a teoria do formalismo-valorativo. (SANTOS, 2019, p. 7).

Neste caminho de acesso à justiça, sem formalismos excessivos e com vistas à primazia do mérito, é que surge a concepção de métodos diferenciados e adequados para abordagem e resolução de impasses, em que é imperioso reconhecer a existência não somente de uma via de solução, mas sim, de um panorama de meios de abordagem das controvérsias, o qual contemplaria a individualidade da cada conflito e o seu caminho adequado de composição, dentre eles a mediação. (TARTUCE, 2019, p.71).

Tal assertiva caminha na direção de um sistema multiportas, cuja intenção é disponibilizar opções diferenciadas à tradicional via contenciosa, em que tal sistema oferece para cada conflito uma determinada porta, caminho para solução, que pode envolver um sistema tanto articulado pelo Estado ou não, abrangendo *métodos* heterocompositivos (adjudicatórios) e autocompositivos (consensuais). (LORENCINI, 2012, p. 57).

Há, então, o crescente anseio social de pacificação, bem como a tentativa de sua resposta, não importando o meio empregado, sendo irrelevante se decorreu de atividade do Estado ou por outros meios eficientes. (CITRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2013, p. 33).

Da conceituação do dicionário (LAROUSSE, 1999), a mediação é ato ou efeito de mediar, a retratar intercessão, intervenção, intermédio e interposição. É, portanto, meio de enxergar o conflito sob um viés construtivo e não destrutivo, encontrando, assim, saídas diferenciadas para seus impasses.

Muitas tentativas vêm sendo implementadas para enfrentar a crise de quantitativo e qualitativo de tratamento de demandas pelo Judiciário. Não foi por outra razão que foi editada a Resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, já em sua exposição de motivos, esclareceu que caberia ao Judiciário estabelecer política pública de

tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação.

Muito se debateu sobre como implantar e normatizar as orientações da Resolução nº 125/2015 do CNJ, de modo que muitas ideias e projetos a fim de promover e consolidar o movimento conciliatório no país ocorreram. Não por outra razão que em 2015, houve o advento do atual Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) na qual a mediação passou a ser reconhecida expressamente no cenário jurídico. Pouco tempo depois, a lei da mediação foi promulgada (Lei n.13.140/2015). Destarte, a prática da mediação passou a fazer parte do rol legal do arcabouço jurídico nacional com características e feições próprias, tendo assim seu marco regulatório bem acentuado e definido.

Sob perspectiva numérica, a mediação é mencionada em mais de 39 dispositivos, a conciliação aparece em 37, a autocomposição é referida em 20 e a solução consensual consta em 7, o que leva a um total de 107 previsões no CPC. Tais dispositivos possuem localização variada e demonstram que a mediação tem potencial para lidar com as controvérsias em diferentes momentos processuais, desde o começo até a finalização, da entrega do bem da vida almejado e devidamente convencionado pelas partes. (TARTUCE, 2019, p. 425).

Já no artigo 3º, parágrafo 3º, do CPC, o legislador orientou que a conciliação, a mediação e outros métodos de soluções de conflitos devem ser estimulados por todos: Juízes, Ministério Público, Defensoria Pública e Advogados, ofertando saídas proveitosas para os envolvidos. Neste compasso, o poder de pacificação da conciliação é grande, em razão de conseguir alcançar um ponto de equilíbrio aceito para os interesses conflitantes e ofertando paz ao espírito das pessoas envolvidas. (DINAMARCO, 2001, p. 287).

Em suma, a visão antiquada de resolução de conflitos, por vezes, beira a indiferença no tratamento dos envolvidos, faz eclodir reações violentas e inadequadas, aumenta o conflito, multiplica demandas em várias ações, sem resolver de fato o que deveria: a lide escondida, a verdadeira causa, aquilo que não está aparente, nem ao processo, tampouco aos olhos. O que se visa é evitar o decurso demorado do tempo, porque a permanência em situações conflituosas indefinidas é fator de angústia e infelicidade pessoal, seja do grito silenciado pela morosidade, seja pelo tratamento meramente formal e tradicional das controvérsias. (CITRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2013, p. 26).

3 | O MEDIADOR E A NATUREZA DE SUA ATIVIDADE

O instituto da mediação vem trazer à tona o que está escondido, descortinando o real interesse a ser tratado e trazendo alento, celeridade e protagonismo às partes na resolução das questões. Portanto, trata-se de nova forma de enxergar a demanda e de promover acesso à Justiça, acesso à paz pessoal e social.

Por via de cautela, tão nobre e importante atividade não pode ser exercida descuidadamente. Deve ser desenvolvida por profissional capacitado a estabelecer e melhorar a comunicação, exercendo seu papel de forma imparcial, ética, assertiva e pedagógica ao mostrar, com sua própria atuação, as linhas de um diálogo prospectivo e construtivo, seja para a demanda que se coloca na atualidade, seja para as futuras questões e decisões que serão tomadas pelas partes.

Nessa linha de raciocínio, mediar constitui uma tarefa complexa que demanda uma harmônica combinação de preparação, sensibilidade e habilidade, na qual o mediador precisa ser profissional com aptidão para dialogar com resistências pessoais e obstáculos próprios dos antagonismos de posições, a fim de restabelecer comunicação entre os mediados. Logo, o seu papel é facilitar o diálogo para que os envolvidos na controvérsia possam protagonizar a condução de seus rumos de forma não competitiva. (TARTUCE, 2019, p.71).

Veja que o trabalho do mediador é semelhante poeticamente a de uma artista que tem apenas um norte a seguir, uma ideia traçada, mas que não sabe o que ao final vai encontrar, o que realmente será construído. Ou de um velejador desbravador que sai de seu porto, mas não sabe ao certo onde aportará, contudo, em seu interior, almeja um terreno sólido e harmonioso, fértil e verdejante!

Para tanto, o mediador deve oportunizar ambiente propício ao contraditório seguro, a fim de depurar as partes o diálogo e o autoconhecimento daquilo que realmente buscam com a demanda levada ao judiciário e, assim, estimular o empoderamento para resolverem conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada, consoante art. 1º, inciso VII, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, anexo II, da Resolução nº 125/2010 do CNJ.

Incumbe esclarecer que na mediação e conciliação, é dado ao indivíduo a possibilidade de exposição de questões, interesses e sentimentos, o que se traduz no exercício prático de cidadania e proteção da dignidade dos envolvidos em situações de impasses. Cabe ao mediador exercitar sua escuta ativa e proporcionar um ambiente calmo, seguro, confidencial e possível para resolução das questões ventiladas, além do estabelecimento de um diálogo colaborativo entre as partes, o que reforça a percepção de democracia mais participativa, inclusive sob o ponto de vista processual. (OLIVEIRA, 2006, p. 17).

No Projeto de Negociação de Harvard (FISHER; URY; PATTON, 2018, p.18), no qual a Resolução nº 125/2010 do CNJ buscou inspiração, o negociador deve decidir as questões por seus méritos e não por um processo de barganha focado no que cada lado diz que vai ou não fazer. É o método de negociação baseado em princípios, são eles: separar as pessoas do problema; concentração nos interesses e não em posições; criar opções com possibilidade de ganhos mútuos e utilização de critérios objetivos. Para tanto, o mediador deve estar sustentado por técnicas de negociação e possuir habilidade

de conduzir os mediados ao aprendizado e à utilização de ferramentas negociais para resolução de impasses.

Sob tal perspectiva, a instrumentalidade e outros princípios constitucionais e processuais, bem como direitos e garantias fundamentais, devem servir como limites e norteadores ao trabalho do mediador, não bastando que o procedimento conciliatório/mediatório, seja ele judicial ou extrajudicial, se atenha a rudimentar prática de questionar as partes se há proposta ou não.

Para tanto, não se pode olvidar que a forma processual se presta a atribuir previsibilidade, ordem e caminho a ser seguido pelas partes. Entretanto, o procedimento não se deve destinar para engessar e fazer com que o processo se transforme num fim em si mesmo. Neste viés, em um momento metodológico de formalismo-valorativo do processo, tem-se que ele deve seguir os contornos estabelecidos pelo Estado Constitucional, assegurando participação efetiva das partes. (COSTA; SANTOS; MARANHÃO, 2019. p. 10).

Por tal razão, a lei processual civil trata o mediador como serventuário da justiça. Deste modo, o mediador possui responsabilidade de bem compreender esses processos e a postura processual das partes sob o crivo de vários princípios e ditames constitucionais que regem o processo mediado e devem estar presentes nas convenções processuais e nas tratativas de acordos celebrados na presença deste tipo de profissional. Nessa esteira, a natureza da mediação deve ir além da instrumentalidade, como terceiro momento metodológico do processo (DINAMARCO, 2001. p. 22).

Nesse caminhar necessário, surge um modelo cooperativo de processo, em que é preciso atender aos deveres de cooperação, o que viabiliza a flexibilização do procedimento, para o melhor alcance dos direitos fundamentais. (COSTA, 2018, p. 141). Tal entendimento amplia o espectro dessa linha de raciocínio e alcança que a prática da mediação deve ser a melhor possível para permitir que nos seus atos, fases e técnicas próprias, haja fluidez e possibilidade de adaptação às peculiaridades apresentadas, atendendo ao previsto na Constituição da República Federativa do Brasil e os direitos e garantias fundamentais nela previstos.

4 | LIMITES DA ATUAÇÃO DO MEDIADOR

O mediador possui inúmeras tarefas, em que uma delas é de escutar ativamente as partes, conduzi-las ao tempo atual e proporcionar lugar de fala a cada uma delas. Dessa forma, é possível atualizar discursos de interesses, questões e possíveis soluções, até porque nem sempre o que levou uma parte a litigar anos atrás ainda é o que realmente deseja resolver na atualidade. Por várias vezes, as partes anseiam resolver a questão de forma semelhante, mas ainda não tinham tido oportunidade de debruçar certa reflexão sobre a necessidade atual da tutela judicial. Tal exemplo comprova que a habilidade do

profissional é de extrema relevância para a aproximação das partes e para resolver a questão de forma cooperativa e satisfativa os envolvidos.

Diante do panorama exposto, o que se presencia é o mediador voltado ao seu papel como instrumentista e guia nesta caminhada, a não extravasar os limites da vontade de atuação das partes envolvidas, sendo este o profissional atento para que o processo seja visto como um meio de valorização da pessoa humana, dentro de um estado de direito que deve privilegiar o acesso à justiça, a celeridade e a efetividade, bem como resguardar a proteção de direitos e garantias fundamentais. Logo, os limites traçados não são apenas aqueles das demandas em que é possível a mediação e conciliação acontecer. Tratam-se dos limites subjetivos, omissivos e comissivos que o mediador deve estar atento para bem conduzir a sessão e intermediar a celebração de tratativas.

Diante de um conjunto de limites aplicáveis ao mediador, o primeiro que surge é a ética como um dos pilares da prática da mediação. Sobre ética, é necessário investigar que seria parte da filosofia responsável pelos motivos que orientam o comportamento humano.

Para Aristóteles, a ética é caracterizada pela finalidade e objetivo de vida a ser atingido, o qual seria o de viver bem. Na obra ética a Nicômaco, Aristóteles explica que:

Toda arte e todo saber, assim como tudo que fazemos e escolhemos, parece visar algum bem. Por isso, foi dito, com razão, que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem. Mas há uma diferença entre os fins: alguns são atividades, ao passo que outras são produtos à parte das atividades que os produzem. (ARISTÓTELES, 1094^a, p. 1-5)

Segundo a professora Tânia Almeida (ALMEIDA, 2014, p. 55), para o mediador os limites oferecidos pela ética são demarcados por norteadores que o profissional elege de sua percepção e de sua análise subjetiva, na qual a sensibilidade seria o parâmetro de maior de aferição, equilibrada e fundamentada pelos ensinamentos dos valores do instituto da mediação, dentre eles, os seus princípios. Além de ofertar especial atenção ao Código de ética da mediação, previsto no anexo III, da Resolução nº 125/CNJ. Diante deste ensinamento, o mediador deve estar atento aos fundamentos éticos e valores que se sustentam a prática da mediação de modo a desenvolver bem a melhor técnica.

Além do campo ético, o mediador deve buscar conjuntamente fundamentos de validade formal e material na Constituição Federal, isto é, nenhuma lei, ato administrativo ou tratativa pode ferir a Constituição, sob pena de carecer de validade e merecer censura judicial. Para tanto, a releitura do princípio da supremacia da lei acarreta a interpretação que a força normativa dos direitos fundamentais impõe um redimensionamento no produto legislativo, em que a lei deve ser interpretada de acordo com a Constituição. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 132).

A mediação por ser ato em que o profissional chancela e faz parte de um arcabouço de normas, dentre elas a dos direitos e Garantias fundamentais, deve chancelar solução não somente que atenda aos requisitos formais de negócios jurídicos processuais

ou mesmo de tratativas que formalmente estejam no campo dos direitos disponíveis e possíveis de pactuação livre, deve sim, o mediador atentar para que a solução a partir de critérios de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade e obediência à Constituição. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 132).

Nesse caminhar, impende registrar que a esse profissional também são aplicadas as hipóteses legais de impedimentos e suspeição do juiz, dispostas no Código de Processo Civil em seu capítulo II do Título IV, os quais orientam que devem ser revelados às partes, quaisquer hipóteses de impossibilidade legal, antes da aceitação da função no caso concreto, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas, segundo o artigo 5º da lei da mediação (lei nº 13.140/2015).

Além dos ditames constitucionais, a Lei da mediação estabeleceu princípios de cumprimento obrigatório. São eles: imparcialidade do mediador, isonomia das partes, oralidade, informalidade, confidencialidade e boa-fé, consoante art. 2º da referida lei.

Já o artigo 166, do atual CPC, os princípios informadores são os da independência, imparcialidade, da autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. Para a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, os princípios a que os mediadores estão sujeitos são os da competência, neutralidade, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e da validação.

5 I RESPONSABILIDADE DO MEDIADOR

Nessa esteira, resta cristalina a importância da obediência dos princípios e normas para o múnus público que o mediador exerce. Entretanto, todo profissional pode apresentar algum desvio doloso ou culposos na sua conduta. Neste viés, não há violação que não acarrete, em hipótese de descumprimento, a responsabilização. Isto é, caso viole a legislação ou princípios a que está vinculado objetiva e subjetivamente, há para o prejudicado a possibilidade de responsabilização administrativa, civil, penal e por improbidade.

Nesse campo, surge o tema responsabilidade do mediador e o necessário debate sobre a qualidade objetiva e subjetiva deste profissional e quais as sanções a que ele se encontra submetido, nas esferas de responsabilidade existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Em análise da Constituição de 1988, seção 11, há a utilização da expressão “servidores público”. Todavia, há pessoas que exercem função pública sem vínculo com o Estado, de modo que boa parte da doutrina vem se utilizando da expressão agente público por ter maior amplitude e, nesse caso, sendo qualquer pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta. Neste ditame, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que mesmo particulares, quando atuam no exercício de atribuições do poder público, acarretam responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, §

6º, da Constituição Federal, uma vez que a Constituição fala em agentes públicos. Em caso de eventual condenação, resta o cabimento de ação regressiva contra o agente causador do dano, desde que tenha agido com dolo ou culpa. (DI PIETRO, 2019, p.1216).

Em desenvolvimento das presentes ideias, inegável o caráter de agente público aos mediadores, já que desenvolvem papel fundamental na Justiça, prestando serviço considerado essencial para o corpo social, qual seja o de pacificação de conflitos. Os mediadores são profissionais necessários à efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, tal qual os outros auxiliares da justiça, muito embora sua caracterização como auxiliar da Justiça seja recente, prevista somente no artigo 149 do atual CPC.

Sob um cenário de responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva do agente público, há de se esclarecer que o Estado somente responde se decorrer de ato ilícito e ato lícito que cause dano anormal e específico. Já sobre os atos lícitos que podem ensejar responsabilidade civil do Estado, o artigo 188, combinado com os 929 e 930, todos do Código Civil, trazem importante parâmetro em que o Legislador não afastou a responsabilidade de quem o praticou, mesmo que tenha sido em hipótese de licitude dos atos praticados, no qual cabe a responsabilidade, com a excludente de culpa da pessoa lesada ou do dono da coisa. Isto é, em casos de danos provenientes de atos de legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, a responsabilidade civil incide, apesar da licitude do ato, cabendo regresso contra aquele em defesa de quem se causou o dano. (DI PIETRO, 2019, p.1467).

Já o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 149, baliza que o mediador e conciliador é auxiliar da justiça, ao lado de outros profissionais como o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

No campo da responsabilidade administrativa, haverá de perquirir da existência de violação a um dos princípios ou normas legais que todos os servidores estão submetidos, variando de acordo com a esfera de atuação do profissional. Neste caso, o juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de mediações onde tenha, diante das alegações ofertadas, pode afastar o mediador por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o caso ao tribunal respectivo para a instauração de um processo administrativo para apuração do ocorrido, como disposto no art. 173, §2, do CPC, assegurando aos envolvidos as garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa, igualmente presentes nos atos administrativos. Tal procedimento, pode culminar em gradações de sanções, sendo a mais grave, a exclusão do agente do cadastro de mediadores e sua comunicação ao CNJ, por ser ele o Conselho onde todos os mediadores devem estar registrados.

Para o professor Marcus Vinícius Rio Gonçalves, para que as penalidades sejam devidamente aplicadas há de ocorrer prévio processo administrativo, em que os fatos deverão ser apurados, pelo juiz do processo ou pelo juiz coordenador do centro de

conciliação ou mediação. Deste modo, sem a devida instauração do devido processo e sem a oferta das garantias constitucionais processuais, não há que se falar em responsabilização. (GONÇALVES, 2017, p. 308).

O artigo 166, §1º e 2º do Código de Processo Civil no caso de ocorrência de faltas graves, há a possibilidade de a exclusão do cadastro do mediador, caso aja com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade, ou caso viole o dever de confidencialidade. Em caso de faltas menos graves, decorrentes de atuação inadequada, a serem apuradas em procedimento administrativo, a penalidade poderá ser de até 180 (cento e oitenta) dias de afastamento por decisão fundamentada.

O mediador é equiparado a funcionário público para efeitos da legislação penal quando no exercício de suas funções ou em razão delas, assim dispõe o art. 8º da Lei de Mediação, o qual aponta que o mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidores públicos para os efeitos da legislação penal. Cabe esclarecer que para legislação penal são considerados funcionários públicos, para fins penais, quem exerce cargo, emprego ou função pública, conforme art. 327 do Código Penal, mesmo que exerça em caráter transitório, com ou sem remuneração. À vista disso, os mediadores e conciliadores, embora na condição de voluntários são considerados funcionários públicos por equiparação.

Diante disso, mesmo que o profissional esteja em hipótese de labor voluntário, frente ao panorama das responsabilidades, ele será atingido e a dimensão do seu ato será aferida. Se houve quebra de um dos deveres, violação de ditames legais e principiológicos, sua conduta pode ser enquadrada nos tipos penais próprios por ser considerado funcionário público por equiparação.

Por derradeiro, há de tratar-se sobre a responsabilidade por improbidade administrativa que normatiza a quarta esfera de responsabilidade do agente público que comete ato de desonestidade no exercício da função pública. Do latim, “*probitate*” (probidade) significa aquilo que é bom, relacionando-se diretamente à honradez, à honestidade e à integridade, deste modo, improbidade.

No campo da responsabilidade por improbidade, o ordenamento jurídico pátrio, há pacífico entendimento da coexistência das responsabilidades civil, penal e administrativa. Sobre a autonomia constitucional da responsabilidade por improbidade administrativa e seu reflexo nas infrações e sanções da Lei de improbidade administrativa, Lei nº 8.429/92, os fundamentos constitucionais basilares para o reconhecimento da autonomia da responsabilidade decorrente de ato ímprobo, bem como a ação cabível com processamento e possível punição por atos ímprobo repousa na própria Constituição Federal/1988 quando dispõe acerca disso no artigo 37, parágrafo 4º, em que diz que serão puníveis com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (RODRIGUES, 2013).

A Lei de Improbidade Administrativa, Lei Federal nº 8.429/1992, normatiza quatro espécies de atos de improbidade, a saber: atos que importem enriquecimento ilícito (artigo 9º); atos que causem dano ao erário (artigo 10); conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário indevido (art. 10 –A); praticar ato que viole princípios da Administração Pública (artigo 11).

O Professor Carvalho Filho, (CARVALHO FILHO, 2010, p. 1166), o qual conceitua a ação de improbidade administrativa como:

Aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa.

Processa-se mediante Ação Civil Pública ou Ação Popular no Juízo Cível, cujas sanções possíveis aplicadas isoladas ou cumulativamente: perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil. Já o quantitativo de pena varia diante da espécie cometida.

Somente para ilustrar, posto que cada caso possui contornos próprios, as espécies que podem vir a ser aplicadas ao mediador são: enriquecimento ilícito; dano ao erário; cancelar acordos que concedam benefícios fiscais ou tributários irregulares e atos lesivos à moralidade administrativa. Neste sentido, caso o mediador obtenha enriquecimento ilícito ou caso venha a violar um de seus deveres ou princípios da administração pública da legalidade e lealdade às instituições, o mediador poderá ser responsabilizado por ato ímprobo.

Por derradeiro, cabe aqui a regra que as esferas são em regra independentes e cumuláveis entre si. No entanto, a absolvição penal por negativa do fato ou negativa de autoria vincula as demais instâncias de responsabilização (Lei 8.112/90, art. 126).

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por vezes, a autoridade da coisa julgada tem o condão de resolver e por fim às controvérsias da vida das pessoas. Todavia, isso não é uma regra, já que o que formalmente está plenamente acabado, nem sempre corresponde aos anseios pessoais e do valor subjetivo de justiça para as pessoas envolvidas.

Diante disso, a adoção de caminhos diferentes dos tradicionais para a devida condução e resolução dos conflitos revela-se como medida necessária para um Poder Judiciário que apresenta dificuldades para administrar e resolver qualitativamente o crescente número de demandas da vida atual. A Justiça brasileira está cada dia mais abarrotada e longe de seus ideais de celeridade e primazia da resolução de mérito.

A mediação tenta alterar esse paradigma de arbitrariedade e de falta de diálogo,

como forma de alcançar o ideal de justiça esperado pelas pessoas, que desejam ser escutadas a fim de validar as soluções já imaginadas, porém não externadas por medo, receio ou mesmo por falta de oportunidade processual.

Neste campo, surge o tema responsabilidade do agente público mediador e o necessário debate sobre a qualidade do profissional e quais os direitos e sanções a que ele encontra-se submetido. Sobre esse tema, urge o debate sobre a eficiência da sua atuação, qualificação adequada, critérios de escolha, condições de trabalho, flexibilidade de pauta, locais adequados e a justa e devida remuneração deste novo agente público. Há de haver transparência e objetividade para tratar da presente questão, em razão de que ao mediador é atribuída uma grande responsabilidade, desenvolvendo um verdadeiro sacerdócio incansável para alcançar a necessária e tão almejada pacificação e contenção ideal de futuros conflitos.

Em suma, não basta que o mediador seja o agente que auxilia no diálogo das partes e possua os seus ditames traçados pela Resolução do CNJ de nº125/2010, deve seguir um parâmetro de postura ética, administrativa, principiológica e constitucional na sua atuação, uma vez que o seu compromisso é com a Justiça, com a resolução do impasse da vida e com o conceito mais puro e honesto de pacificação social!

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. 2019. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol. 1. 4º ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.**

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd. Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. 4ª ed. São Paulo: Globo, 1991.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

CITRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do processo**. 29. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125/2010 e seus anexos**. <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acessado em 28/08/2019.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto; MARANHÃO, Ney. SANTOS, Clarice. **Instrumentalismo e formalismo-valorativo em ciência processual: há algo novo sob o sol?** Revista dos Tribunais on line. Thomson Reuters. Vol. 1003/2019. Maio/2019.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto. **O Processo Cooperativo como Instrumento de Concretização dos Direitos Fundamentais.** Rev. FSA, Teresina, v.15, n.4, art. 7, p. 132-150, jul./ago. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FISHER, Roger. PATTON, Bruce. URY, William. **Como chegar ao sim: Como negociar acordos sem fazer concessões.** Ed., rev. E atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRANDE DICIONÁRIO LAROUSSE CULTURAL DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LORENCINI, Marco. **Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. Negociação, mediação e arbitragem: Curso para programas de graduação em Direito.** V. 1. São Paulo/Rio de Janeiro: Método Forense, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. **O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo.** Rio Grande do Sul: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. UFRGS, nº 26. 2006.

RODRIGUES, Luciléia Lage Dias. Artigo: A autonomia constitucional da responsabilidade por improbidade administrativa e seu reflexo nas infrações e sanções da Lei 8.429/92, e ainda no respectivo processo judicial. Endereço: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3525/a-autonomia-constitucional-responsabilidade-improbidade-administrativa-seu-reflexo-nas-infracoes-sancoes-lei-8-42992-ainda-respectivo-processo-judicial>. **Acessado em 19/07/2019.**

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 5 ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

CAPÍTULO 15

O MEDIADOR NO JUDICIÁRIO: ELEIÇÃO OU CONCURSO UMA ANÁLISE A PARTIR DA OBRA DE PIERRE ROSANVALLON

Data de aceite: 01/10/2020

Claudia Ernst P. Rohden

Instituição São Judas Tadeu

Janaína Soares Schorr

FADISMA

RESUMO: O intuito do presente artigo é refletir sobre o papel do mediador e a forma de sua inclusão no cadastro de mediadores do(s) Tribunal(is) de Justiça dos Estados Brasileiros. Perquire-se a forma como é realizada a seleção dos mediadores para trabalhar na mediação judicial e sua adequação. Discorre-se sobre a importância do diálogo, da hermenêutica e da linguagem como forma de trabalhar o conflito e transformá-lo em algo positivo. O trabalho desenvolve-se a partir da análise teórica, apresentada por Pierre Rosanvallon, dos conceitos de eleição e concurso. Salaria que o processo de mudança instaurado e que apresenta novas formas de resolver os conflitos deve ser pensado como um processo sistêmico, devendo abordar a estrutura organizacional. A metodologia utilizada é a dialética.

PALAVRAS-CHAVE: Mediando, Seleção, Eleição, Concurso.

THE MEDIATOR IN THE JUDICIARY: ELECTION OR COMPETITION AN ANALYSIS FROM PIERRE ROSANVALLON'S WORK

ABSTRACT: The purpose of this article is to reflect on the role of the mediator and the form of its inclusion in the registry of mediators of the Court (s) of Justice of the Brazilian States. The way in which mediators are selected to work in judicial mediation and its adequacy is perceived. The importance of dialogue, hermeneutics and language is discussed as a way of working the conflict and transforming it into something positive. The work develops from the theoretical analysis, presented by Pierre Rosanvallon, of the concepts of election and contest. Stresses that the process of change initiated and that presents new ways of resolving conflicts must thought of as a systemic process, and should address the organizational structure. The methodology used is the dialectic.

KEYWORDS: Mediator, Selection, Election, Contest.

1 | INTRODUÇÃO

A mediação como técnica jurídica, representada pelo trabalho do mediador, emprega técnicas que permitem os envolvidos na discórdia perceber o quão importante é a sua efetiva participação na solução do impasse estabelecido. Propõe a abertura de um diálogo¹

1. Uma das formas de conceituar o diálogo é dizer que se configura como aquilo que advém da palavra, a corrente do significado que flui entre, dentro e através de tudo (gestos, palavras, postura – “o corpo fala”) que estiver implicado em uma conversação. E, mais, o “[...] diálogo é, para nós, aquilo que deixou uma marca. O que perfaz um verdadeiro diálogo não é termos experimentado algo de novo, mas termos encontrado algo no outro que ainda não havíamos encontrado em nossa própria experiência de mundo”.

construtivo e a externalização das mazelas que geraram o desentendimento, possibilitando, assim, uma nova visão da situação vivenciada pelas partes assim como o estabelecimento de novas bases relacionais. Em outras palavras, o instituto de mediação utiliza-se de uma metodologia a ser aplicada por mediadores junto a pessoas que estão envolvidas em alguma(s) situação(ões) conflituosa(s) – pessoas estas que, voluntariamente, aceitam participar do processo de mediação, dispondo-se a se desvencilhar de preconceitos, verdades, posições – a fim de encontrar uma solução que atenda ao problema colocado, a seus interesses e sentimentos.

Na prática, o processo judicial não resolve o conflito. De outro lado, a mediação vem com o escopo de tratar o conflito e, para que esse tratamento seja eficaz, exige-se o compromisso dos envolvidos para a resolução da dificuldade instaurada. Nesse ponto, vislumbra-se, no processo de mediação, trabalhar a questão moral do ser humano, a possibilidade de falar do(s) direito(s) que entende “seu(s)” e, em contrapartida, ser ouvido.

O judiciário tem ao seu alcance, com o instituto da mediação, a possibilidade de indagar e sistematizar os modos de resolução dos conflitos e o poder de sensibilizar a sociedade² para perceber que o processo não é a única ou melhor forma de resolver as desavenças de seus membros. Na realidade, encontra-se em processo a aprendizagem social de outras formas de ver e trabalhar o conflito; para tanto, necessário considerar a maneira como se (des)constróem/(re)compõem os vínculos interpessoais, a convivência grupal, institucional e comunitária. Daí a importância da figura do mediador, dele serão exigidas uma série de competências que necessitam ser desenvolvidas e trabalhadas no curso de seu trabalho. Destarte, a escrita parte do seguinte problema: como os mediadores devem ser selecionados para atuar no judiciário?

A Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, o Código de Processo Civil e Lei de Mediação³ transformam (ou buscam transformar) o modo de resolução⁴ de conflitos.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 249.

2. Streck ao trabalhar o constitucionalismo e a concretização de direitos estabelece que: “a pretensão é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição. A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se “interpõe” entre o Estado e a Sociedade. A Constituição dirige; constitui. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. (...). A mesma lógica deve ser aplicada ao processo de mediação, ou seja, a intenção é que o instituto vigente deva ser utilizado como forma de tratamento dos conflitos, possibilitando o exercício da cidadania e justiça aos casos concretos. STRECK, Lenio Luiz. *Constitucionalismo e Concretização de Direitos no Estado Democrático de Direito*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica 89. Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 123-124.

3. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre os particulares como meio de solução de controvérsias, bem como sobre a autocomposição das discórdias na seara da administração pública.

4. Destaca Lederach que prefere utilizar o termo “transformação de conflitos”, pois alarga nossa compreensão do processo e facilita a tomada de decisão, considerando aspectos indispensáveis e a probabilidade de construir algo novo, que satisfaça e se encaixe melhor a realidade; bem como esclarece sua preocupação com o uso do termo “resolução”, pois muitos entendiam que tal termo “insinuava o perigo de cooptação, uma tentativa de se livrar do conflito enquanto as pessoas ainda estavam levantando questões importantes e legítimas a respeito do mesmo. A palavra “resolução” não deixava claro se haveria espaço para cada um defender sua posição. Na experiência deles, as soluções rápidas para problemas sociopolíticos arraigados, em geral, levam a muito discurso e poucas mudanças concretas. “Os conflitos

Intentam solucionar as controvérsias de uma maneira mais harmônica ou, em outros termos, de modo a possibilitar que as partes (ou mediandos) assumam sua condição de indivíduos, de pessoas capazes de resolver seus problemas, tomando sua responsabilidade e arcando com os riscos e consequências de suas decisões.

Pode-se afirmar que o conflito é meio catalizador de mudanças, tanto na esfera pessoal como social, o que conduz, inadvertidamente, ao desenvolvimento do ser humano. Assim, ao contrário de visualizar o conflito como algo negativo⁵, como ameaça, importa observá-lo como uma probabilidade de autoconhecimento e crescimento sobre si, sobre o outro e sobre o organismo social. O processo de mediação propõe-se a essa transformação, de modo qualificado.

Considerando que a paz está alicerçada na justiça⁶ e para que seja eficaz é necessário “[...] construir relacionamentos e estruturas sociais corretos, incluindo o respeito radical aos direitos humanos e à vida, e [...] a não violência como modo de vida e trabalho”⁷, impõe-se dar condições aos indivíduos, a sociedade como um todo de aprender a dialogar, a usar adequadamente a linguagem para que o outro possa compreendê-lo e, assim, juntos poderem criar a solução que melhor lhes convêm.

O judiciário moderno, enquanto um lugar de múltiplas portas, busca modificar sua inserção dentro da sociedade pois, dessa forma, irá perpassar as leis e códigos e se inserir em uma nova realidade: na vida, na escuta das pessoas e nos seus anseios.

Assim,

[...] defende-se a construção de uma retórica psicosemiótica da alteridade, impregnada de um viés com tendências emancipatórias, seja por meio da realização do sonho de uma retórica não invasiva, que respeite a intimidade do outro, que não contenha receita para invadir o outro. Por isso, as formas de refletir, ler, escutar, interpretar, argumentar e sentir o Direito devem ser revistas.⁸

acontecem por um motivo” eles me diziam. “Será que essa tal ‘resolução’ não é só uma ideia que vai preencher o lugar que deveria ser ocupado por mudanças realmente necessárias?” LEDERACH, John Paul. *Transformação de Conflitos*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 15.

5. [...] É claro que as mudanças nem sempre são construtivas. Sabemos que muitas vezes os conflitos resultam em ciclos de sofrimento e destruição

6. A justiça nos empurra a transbordar a justiça; a orientação moral da bondade, na qual é o auxílio sem limites a uma pessoa em particular, insubstituível, nos dá o ponto de vista do qual a injustiça é cometida contra todo o indivíduo [...] de acordo com a orientação moral da lei, como igual entre iguais. [...] É como Ax Honneth bem salienta que, assim como a solidariedade constitui a contrapartida do princípio da justiça, na medida em que ela confere cada caso os impulsos afetivos da participação recíproca, a assistência também é uma contrapartida necessária do princípio de justiça à qual complementa um motivo de auxílio, unilateral e completamente desprovido de interesse. A alteridade, entendida como infinito, permite ver no final o que costumamos chamar de “justiça” nada mais é do que a delimitação de interesses egoístas, postulada por uma razão que se acredita ser universal para silenciar as diferenças. A justiça agora vista como um relacionamento com o outro infinito, longe de ensiná-lo o que fazer ou exigir que ele se justifique como merecedor de justiça, permite-lhe exigir isso de sua diferença e por causa disso. Tradução livre de GUTIÉRREZ ALEMÁN, Carlos Bernardo. *Temas de Filosofia Hermética: Conferencias y Ensayos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002, p. 338.

7. LEDERACH, John Paul. *Transformação de Conflitos*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 16.

8. GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *O Novo no Direito de Luis Alberto Warat: Mediação e Sensibilidade*. Curitiba: Juruá,

Observa-se que o primeiro passo para tal revisão foi dado com a Resolução nº 125, Lei de Mediação e Código de Processo Civil.

De acordo com o parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 13.140, a mediação é

[...] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Muito bem. Essa atividade técnica, portanto, é perfectibilizada por um terceiro imparcial, que pode ser escolhido ou aceito pelas partes, para o exercício desse *mister*. E o ponto a ser pensado não é, no momento, quanto a situação de ser escolhido pelas partes ou, em ser eleito pelas partes; mas ser aceito, haja vista que os Tribunais têm mediadores habilitados para a feitura das sessões de mediação e, nos termos do art. 25, na mediação judicial os mediadores não estão sujeitos a aceitação das partes. O cerne do estudo está nessa questão: considerando que na mediação judicial os mediadores não dependem de aceitação das partes, mas de serem indicados pelo Tribunal de Justiça da qual fazem parte, como é feito esse ingresso no corpo de mediadores no judiciário?

Atualmente, para ser mediador é necessário realizar o curso de mediação ofertado pelos Tribunais, sob supervisão do Conselho Nacional de Justiça, realizar horas de mediação com supervisão, apresentar relatórios para, posteriormente, ser obtida a certificação, lembrando sempre que há necessidade de disponibilização de horas para a realização das mediações e sua comprovação, bem como a efetivação de formação continuada. Será que essa forma de inclusão no cadastro de mediadores é a melhor? Desta feita, importa refletir sobre como legitimar a figura do mediador dentro do sistema judiciário.

Rosanvallon⁹, ao discorrer sobre o concurso e a eleição, refere que os tipos ideais do corporativismo do universal e da administração racional estão inscritos no mesmo propósito crítico de destruição dos poderes sociais da particularidade, e compartilham com a democracia política no que diz respeito a um certo requisito de igualdade¹⁰. Na mediação, não se pode conceber distinção, seja na inclusão no cadastro de mediadores, seja na remuneração, seja na ocorrência de desigualdades na seleção entre os tribunais. A regulação depende de isonomia e padronização, eis que se está falando de profissional que vai trabalhar junto e sob o manto do órgão público.

Destarte, o objetivo da escritura consiste em esboçar ideias para que o processo de mediação tenha lugar efetivo no sistema judiciário brasileiro e, que tal prática possibilite a construção de um país com menos litigiosidade e com pessoas conscientes de suas capacidades.

2018, p. 101.

9. ROSANVALLON, Pierre. *La Legitimidad Democrática: Imparcialidad, Reflexividad y Proximidad*. Traducción de Heber Cardoso. España: Paidós, 2010, p. 86.

10. ROSANVALLON, 2010, p. 86.

21 O ENTRELAÇAMENTO ENTRE O PAPEL DO MEDIADOR NO PROCESSO E A TRANSFORMAÇÃO DO CONFLITO PELA CONSTITUIÇÃO DO DIÁLOGO

Na sociedade atual em que se vive, os conflitos são entendidos como uma desordem no andamento dos relacionamentos. Não se aceita mais aquilo que aparenta ser, mas está se buscando o significado e a ressignificação daquilo que se apresenta. E isso demanda efetivo esforço e dedicação, haja vista que é muito difícil compreender¹¹¹²/interpretar as intenções do outro. A mediação transformativa permite se trabalhar de forma a tratar o conflito em seu nascedouro. Transformar o conflito

[...] é mais do que um conjunto de técnicas específicas; é um modo de olhar e ao mesmo tempo de enxergar. Tanto para olhar como para enxergar precisamos de lentes. Portanto, a transformação de conflitos sugere um conjunto de lentes pelas quais conseguiremos enxergar o conflito social.¹³

O mediador deve utilizar-se dessas lentes, desses óculos especiais, a fim de contribuir para que os mediandos visualizem alternativas, escutem o outro, olhem para dentro de si. Lederach chama tais lentes - de lentes trifocais e explica

[...] nesses meus óculos estão reunidos três tipos de lentes. Cada qual tem sua função específica. Uma lente parte, ou parte da lente, ajuda a focalizar as coisas que estão a grande distância e que de outro modo ficariam borradas. A segunda região da lente mostra as coisas que estão a meia distância, como a tela do computador. A última, que seria a lente de leitura ou de aumento, me ajuda a ler um dicionário ou enfiar uma linha de pesca no anzol.¹⁴

Salienta que não existe uma única lente capaz de focalizar tudo, sendo necessário o uso de várias lentes para enxergar os diversos aspectos de uma realidade complexa. As lentes de transformação, portanto, traduzem a situação imediata, os padrões subjacentes e o contexto e a estrutura conceitual.¹⁵

De toda a sorte, a transformação¹⁶ de conflitos implica o reconhecimento de que o

11. [...] A compreensão é o ato de criar significado, e o significado exige que tenhamos um foco mais nítido de alguma coisa. LEDERACH, John Paul. *Transformação de Conflitos*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 21.

12. A compreensão, o que é sempre configurada ela mesma pela linguagem e acontece por meio de linguagem, deve ser capaz de realizar conjuntamente todo o conteúdo da linguagem, para poder chegar até o ser, que ela ajuda a expressar. A essencial lingüística da compreensão manifesta-se menos em nossos enunciados, do que em nossa busca por linguagem para aquilo que temos na alma e queremos externar. É menos constitutivo para o lado hermenêutico da compreensão, que ele ocorra pela linguagem, o que seria uma banalidade, do que o fato de ele viver no interminável processo da “inserção da palavra” e da busca por uma linguagem compartilhável, e ele deve ser entendido *como* este processo. Porque este processo – ou seja, a correspondente realização conjunta da palavra interior – fundamenta a universalidade da hermenêutica. GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 200.

13. LEDERACH, John Paul. *Transformação de Conflitos*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 21.

14. LEDERACH, 2012, p. 22.

15. LEDERACH, John Paul. *Transformação de Conflitos*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 23.

16. A pergunta hermenêutica guarda em si a historicidade da compreensão, pois sua legitimidade consiste na abertura ao outro que se quer interpretar e que pertence a um diferente horizonte de sentido, constituído na tradição. O outro

diálogo¹⁷ é o modo crucial de promoção de mudanças construtivas. De maneira ampla, pode-se dizer que o diálogo: “[...] é essencial para a justiça e a paz, tanto no nível interpessoal quanto no estrutural. O diálogo é, sem dúvida, um mecanismo essencial, embora não seja o único”.¹⁸

Acrescenta o referido autor que, “[...] O diálogo é necessário para que se tenha acesso a voz em, e interação construtiva com nosso modo de formalizar os relacionamentos e com a formação, reações e comportamento de nossas organizações e estruturas”.¹⁹

Santos, contribui com a ideia, referindo que os diálogos

[...] são lugares de reflexão, nos quais as ideias fluem livremente, defendidas como hipóteses oferecidas ao leitor. Platão investe tão decididamente no caminho do inteligível que não vemos razão para “acreditar” nele mais do que apostar no valor dos seus projetos e das suas esperanças. Cremos ser precisamente esta leitura “aberta” dos diálogos que melhor pode contribuir para fazer deles lições imortais.²⁰

Para facilitar o diálogo entre os mediandos é indispensável que esse terceiro (mediador), participante do processo de mediação, não se limite a conhecer somente a técnica, a estrutura e os passos do processo mediativo, mas viva a mediação, no seu termo literal, porque

[...] A mediação, por sua vez, não é uma ciência que possa ser explicada, mas uma arte a ser experimentada. Por essa razão, ao se ensinar técnicas, teorias e doutrinas cria-se distância e gera-se frieza; por outro lado, a magia da formação do mediador está no entendimento de simplicidades, de sentimento e sensibilidade. Nesse sentido, deve-se compreender que a mediação, enquanto terapia do reencontro, busca reverter o olhar, ou seja, a imagem do outro não como aquele que se enxerga. E sim aquela imagem que olha, interroga e inquieta aquele que interage.²¹

é uma unidade de sentido que guarda em si sua singularidade e também a alteridade da tradição que o marca. Desse modo, um objeto histórico (a coisa hermenêutica) não é simplesmente um objeto externo e fechado a um sujeito cognoscente, mas já é uma realidade aberta à compreensão. Por isso, uma hermenêutica adequada deve mostrar a realidade na própria compreensão, pois “um pensamento verdadeiramente histórico tem que ser capaz de pensar ao mesmo tempo sua própria historicidade. ALMEIDA, Custódio Luis S. de. *Hermenêutica e Dialética* (Dos Estudos Platônicos ao Encontro com Hegel). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 305.

17. As condições no diálogo real são diversas porque a compreensão se confirma aí imediatamente e corrige incompreensões. No diálogo, não se deve colocar todas as palavras em uma balança de ouro e alijar cuidadosamente todos os desvios de significação ou incompreensões. Quando buscamos dizer algo a alguém, é preciso em verdade que as palavras corretas alcancem o outro. Sempre já estamos seguramente no rastro e nunca nos encontramos a uma distância, na qual o mundo inabarcável de sinais/signos reside diante de nós estendido. Sentimo-nos conduzidos. A partir daí é compreensível o quão difícil é a escrita, com a qual buscamos alcançar um desconhecido: o leitor. O escrito também possui algo pavorosamente irrevogável. A escrita aponta para sinais previamente dados: esses sinais são como que inscritos – e, com isso, como que prescritos. GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada Hermenêutica*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007, p. 121.

18. LEDERACH, John Paul. *Transformação de Conflitos*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 35.

19. LEDERACH, 2012, p. 35.

20. SANTOS, José Trindade. *Para ler Platão: A Ontoepistemologia dos Diálogos Socráticos*. São Paulo: Loyola, 2008, pp. 26-27.

21. GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *O Novo no Direito de Luis Alberto Warat: Mediação e Sensibilidade*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 65.

A mediação intervém nas relações a partir do desenho ajustado aos anseios dos envolvidos no litígio, do contexto que vivenciaram, das relações entre os participantes e precisa ter profissionais qualificados, valorizados e remunerados justamente para o exercício do labor.

O diálogo estabelecido na mediação auxilia aos envolvidos a verificar suas dificuldades, apreciar diferenças, reconhecer seus recursos, utilizar e fortalecer habilidades para construção de um futuro integrador. Compreende-se que esses processos de mediação se constituem de diálogos transformadores, pois propõem um intercâmbio que permite transmutar realidades diferentes e antagônicas em uma relação comum e consolidadora, considerando que o elo de ligação entre os envolvidos foi reconstituído/transformado.

Como toda a situação colaborativa, o diálogo facilitado requer a construção de entendimentos em estruturas adequadas que propiciam condições para garantir o cuidado mútuo, a confiança, o respeito, a legitimação. Entre as partes envolvidas e a partir das necessidades de cada uma delas, constrói-se a superação das singularidades concretizada de acordo com a existência da lei para o grupo e com a experiência do diálogo. O papel do mediador é fundamental dentro do processo de mediação, pois, apesar de precisar adotar uma postura de neutralidade, deve estimular a participação das partes, provocando-as a adotar uma atitude positiva, ajustando interesses comuns e divergentes.

Desse modo,

Não basta, assim, que o mediador conheça a teoria sobre o processo de mediação para que esteja apto a realizar as mediações a contento; não lhe é suficiente apropriar-se de técnicas ou fórmulas para resolver conflitos porque as situações humanas envolvendo conflitos não são uniformes, embora haja semelhanças entre eles. Para que cada uma das sugestões de Vezzulla encontre espaço na prática, é preciso que o mediador não apenas domine a teoria, mas que as exercite na prática. Em outras palavras, a mediação pressupõe uma aliança entre o mundo “ideal” e o “real”. A arte da mediação requer dos mediadores conhecimentos teóricos específicos, porém, aplicáveis a casos concretos. É por essa razão que o Conselho Nacional de Justiça recomenda a adoção de treinamentos baseados em competências.²²

O mediador auxilia os mediandos na compreensão de suas fraquezas e fortalezas de seu(s) problema(s), almejando o alcance de uma solução onde todos os envolvidos terão atendidos seus interesses.²³

É responsabilidade do mediador oferecer um espaço para que a mediação possa surgir em meio do conflito, um lugar onde os mediandos(as) possam expressar e comunicar suas diferenças, viabilizando a construção de novas bases de relacionamento. Uma das principais tarefas do mediador é facilitar o diálogo entre os mediandos(as) para que busquem os motivos do conflito²⁴ instaurado e, a linguagem constitui-se em uma ferramenta para o

22. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Goma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 5. ed. Brasília/DF: CNJ, 2015, p. 83-84.

23. MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 146.

24. “O empoderamento experimentado por meio da compreensão do conflito como um momento de ressignificação de

mediador, para o estabelecimento de uma comunicação verdadeira em que os envolvidos poderão compreender os reais interesses, pois nesse processo dialógico o mediador possibilita que uma realidade desconhecida venha a ser conhecida.²⁵

Rohden sustenta que “o diálogo hermenêutico acontece na relação entre parceiros, não com espectadores passivos, interlocutores indiferentes ou ditadores”²⁶. Esclarece que

No termo *parceiro* estão incluídos atributos como: aquele que ouve o outro, aquele que se compadece com o que o outro diz, aquele que não entrava o diálogo, aquele que não pretende possuir a última palavra, aquele que é capaz de conceder razão ao outro. Os parceiros entram no jogo, no espírito do diálogo, independentemente do tema sobre o qual dialogam, e, no final, ambos – de alguma forma – são afetados e transformados. Diferentemente da pergunta por uma informação ou acerca da natureza de determinado objeto, a pergunta dialógica tem seu tempo oportuno, sua maturidade (*Zeitigkeit*), no desenvolvimento do diálogo, e somente no interior deste as perguntas e respostas fazem e tecem o sentido. Na pergunta dialógica, quem pergunta, necessariamente, revela-se ao perguntar. ... A unidade interna entre falar e escutar, dizer e ouvir, é condição fundamental para que ocorra um diálogo hermenêutico.²⁷

Assim sendo, pelo processo de mediação, o mediador pode provocar nos mediados uma profunda mudança, na sua estrutura, forma de pensar e ver o conflito²⁸. A abertura para o diálogo é a chave mestra para a concretização de uma cultura de vinculação e de configuração de posturas colaborativas.

31 A INCLUSÃO DO MEDIADOR NO CADASTRO DOS TRIBUNAIS: CONJECTURANDO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROSANVALLON

Dentro do universo da administração pública, por diversos caminhos, pode-se afirmar que se busca construir uma sociedade mais democrática, composta por indivíduos iguais e capazes de colocar em prática um regime de soberania coletiva. Desse modo, responde a dupla demanda contemporânea de uma crescente individualização (com uma profunda preocupação pela particularidade dos indivíduos) e um desenvolvimento do sentido de interesse geral mediante a redução do peso dos interesses particulares no funcionamento

valores e a possibilidade de se dialogar sobre a situação vivenciada de forma inclusiva, participativa, colaborativa e pacífica intensifica a comunicação e o respeito por si e pelo outro, possibilitando novas formas de administrar problemas ou tensões cotidianas”. (SALES, Lília Maia de Moraes. *Processo de Inovação Social Efetivador da Dignidade Humana – O Estudo Teórico e Prático da Mediação de Conflitos como Mecanismo de Empoderamento Humano*. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. (org.). *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa: Desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2012, p. 332).

25. ROHDEN, L.; AZEVEDO, M.; ROHDEN, C. *A mediação enquanto exercício hermenêutico*. In: *SOCIOLOGY OF LAW*, 2015, Unilassale, <http://www.sociologyoflaw.com.br/ANAIS-2016.pdf>, p. 564.

26. ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica: entre a Linguagem da Experiência e a Experiência da Linguagem*. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 204.

27. ROHDEN et al, 2002, p. 204.

28. “Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal tradicional onde este poder é delegado aos profissionais do Direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais (MORAIS, 1999, p. 146)

das instituições. Ora, daí a importância da utilização de critérios objetivos para inclusão do mediador nos cadastros dos tribunais, seja pela escolha das partes, seja mesmo pelo órgão público ao incluir o mediador em seu cadastro.

No caso do mediador não parece adequado pensar em sua inclusão no cadastro judicial de mediadores mediante eleição²⁹, mas sim, concurso³⁰. Rosanvallon³¹, ao discorrer sobre o concurso e a eleição, refere que os tipos ideais do corporativismo do universal e da administração racional estão inscritos no mesmo propósito crítico de destruição dos poderes sociais da particularidade, e compartilham com a democracia política no que diz respeito a um certo requisito de igualdade³². O uso de critérios objetivos para a seleção de profissionais habilitados é o que qualifica o trabalho e legitima o mediador para realizar sua atividade. Não parece suficiente que a seleção dos mediadores se limite a realização de curso (ainda que autorizado e supervisionado pelo Conselho Nacional de Justiça), feitura de mediações, apresentação de relatórios, comprovação de capacitação contínua, dentre outros. Como o mediador vai se qualificar se o órgão público não lhe dá condições de bem desenvolver sua formação? Muitos tribunais até hoje não têm definida a remuneração do mediador. Por quê? Eis uma questão.

Rosanvallon diz que a comparação metódica das características de cada uma das formas de seleção é a chave essencial para compreensão da distinção entre as formas de legitimação que se estabelecem. O mesmo ocorre na seara da inclusão dos mediadores no cadastro dos tribunais, ou seja, os critérios devem ser objetivos para que, conseqüentemente, o trabalho seja de excelência. A lógica é pela implantação de transparência, igualdade e correção e, mais dos princípios que regem a administração pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A administração deve ser racional.

Historicamente, a identificação com os interesses gerais também adotou uma segunda via: a da constituição de um poder administrativo objetivo, desapegado de qualquer influência particular, absolutamente identificado com sua tarefa; enquanto o corporativismo do universal assentaria o papel dos funcionários dedicados em sua missão e, nesse caso, o objetivo estaria em contar com um poder cuja generalidade estivera garantida pela sua própria forma. De uma política científica e uma administração racional se espera, para o caso, que solucionem a realização do bem-comum. Dois nomes que simbolizaram a exploração desse imperativo: Woodrow Wilson e Frank Goodnow.³³

29. Apesar de as partes terem a possibilidade de escolherem profissional habilitado para auxiliá-las no processo de mediação na mediação extrajudicial.

30. Consoante a própria legislação autoriza em seu art. 167, §2º, do Código de Processo Civil.

31. ROSANVALLON, Pierre. *La Legitimidad Democrática: Imparcialidad, Reflexividad y Proximidad*. Traducción de Heber Cardoso. España: Paidós, 2010, p. 86.

32. ROSANVALLON, 2010, p. 86.

33. ROSANVALLON, Pierre. *La Legitimidad Democrática: Imparcialidad, Reflexividad y Proximidad*. Traducción de Heber Cardoso. España: Paidós, 2010, p. 74.

Woodrow Wilson publicou artigo pioneiro em 1887 “El estudio de la Administración”. Seu objetivo consistia em fundar uma “ciência nova” de um “governo prático”. E seu ponto de partida consistia na comprovação dos limites da ciência política, tradicionalmente relegada a questões constitucionais. Em uma sociedade completa, explica Wilson, a questão da democracia não se limita a debater a redação da Constituição, a determinar o modo de promulgação das leis e organização das eleições. É posto em marcha a realização de interesse geral, requer ir, de forma mais precisa, ao centro das coisas para tratá-las. Aí é onde, a seu juízo, cobra sentido a decisiva distinção entre política e administração. A política é muito ampla, como fixação de um marco de conjunto das regras de organização da sociedade. A administração é, teoricamente, uma simples esfera de aplicação e conjugação dos princípios da consciência prática. Diz que as coisas são muito complexas no mundo moderno. A definição dos objetivos não é indissociável das questões cotidianas levantadas por sua implementação. É preciso, pois, por duas razões, tanto por uma preocupação de eficácia quanto por uma exigência democrática, constituir uma ciência da administração. Com esse artigo, Wilson levanta as questões que um dos seus colegas da Universidade da Columbia, Frank Goodnow, continuará a se aplicar a resolver.

Goodnow, progressista e universitário, foi o verdadeiro fundador do direito administrativo norte-americano. Propõe uma visão nova do direito administrativo nos Estados Unidos. Destaca que o verdadeiro poder executivo é o da administração. E sua obra essencial sobre o tema *Politics and Administration*, publicada em 1900, Goodnow reexamina a teoria clássica da divisão de poderes com a inquietude de partir das práticas para voltar a entender seu funcionamento. Igual a muitos da sua geração, está obcecado com a preocupação de voltar ao real e romper com as percepções rudimentares da democracia, encerradas como estavam, a seu juízo, em esquemas puramente normativos. Para ele, o campo político se limita a obra legislativa e constitucional, entretanto, na esfera administrativa é o poder propriamente executivo. Se a essência do político consiste, por construção, em intentar expressar uma vontade geral, a essência da administração reside na persecução da eficácia e a racionalidade. Com efeito, a Administração não pode construir sua “perfeição legislativa” se apoiada em um modo interno (entretanto a “perfeição legislativa” se apoia por inteiro em sua dependência com respeito a uma vontade externa, da soberania popular). Se trata, pois, de duas modalidades de generalidade que distinguem a Administração da política: generalidade substancial na ordem da Administração, prioritariamente preocupada por excluir todos os desvios da particularidade; e generalidade procedimental da ordem política, baseada na busca de uma capacidade para incluir maior quantidade possível de cidadãos na expressão mais unânime possível de uma vontade coletiva. Deve se ter em conta as realidades que, para Goodnow, diz respeito ao reconhecimento simultâneo do crescente papel funcional dos partidos políticos na vida política e, portanto, regular sua existência, e à autonomia do fenômeno administrativo e, portanto, fixar de forma clara seu mecanismo legítimo: da capacidade de eficácia e

experiência. Frente a difícil *democracia subjetiva* da vontade surgida das urnas era preciso dar vida ao que podia ser percebido como uma democracia objetiva da razão não partidária na ordem do funcionamento administrativo.

Havia necessidade de se construir no país uma verdadeira Administração, guardiã e servidora, ao mesmo tempo, do bem-comum. Se pensava que suas qualidades de eficácia e racionalidade deveriam garantir sua objetividade. É o que nos explica a mística racional dos progressistas norte-americanos durante o século XX. A razão e a eficácia são introduzidas desse modo no centro do *panteón* das virtudes democráticas.

Os progressistas norte-americanos pensavam em um governo científico seria um fator de ordem e democracia. Existia uma inegável dimensão sociológica nesse processar de fé. Com efeito, correspondia ao auge do poder de uma nova classe média do país, formada pelo desenvolvimento e organização das profissões em todos os campos. Esse impulso racionalizou a Administração e aumentou seu poder. E, por isso, deve se estar atento a aplicação dos princípios que regem a administração pública. Portanto, a partir do estudo da obra de Rosanvallon, a forma adequada, racional e objetiva para fazer parte do cadastro de mediadores judicial seria pelo concurso público.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para finalizar, impositivo salientar que, se a proposta do judiciário é ofertar ao jurisdicionado outras formas de resolução de conflitos – que apresentam maior satisfação, menor custo e celeridade, os profissionais que devem integrar o quadro devem ser selecionados de forma imparcial e idônea e, o concurso público é a melhor opção.

O tratamento dos conflitos objetiva construir respostas adaptativas às controvérsias através de processos de mudança, o que aumentará a justiça e coibirá a violência.³⁴

A crise que o mundo moderno hoje enfrenta, de medos, irracionalidades, violência, fragilidade dos indivíduos provoca pensar os “limites da referência de uma justiça procedimental, além da necessidade de uma compreensão sobre violações constantes, massivas e sistemáticas dos direitos humanos [...]”³⁵.

A sentença proferida no processo judicial³⁶ pode ser entendida como configuração de violência, pela imposição coercitiva que se instaura sobre os indivíduos envolvidos na

34. LEDERACH, John Paul. *Transformação de Conflitos*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 36.

35. DORNELLES, João Ricardo W; PALOP, María Eugenia Rodríguez. *O estatuto moral da vítima. Superando a justiça procedimental e a necessidade de uma perspectiva ética da Justiça*. In: ASSY, Bethania; MELO (Org.) et alii. *Direitos Humanos: Justiça, verdade e memória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 85.

36. “... a sociologia da administração da justiça tem-se ocupado também dos obstáculos sociais e culturais ao efetivo acesso à justiça por parte das classes populares, e este constitui talvez um dos campos de estudo mais inovadores. Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o extrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas”. SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013, p. 208.

contenda; a voz do sujeito desaparece frente ao caráter impositivo da decisão, podendo ser reconhecida como uma violência sobre o ser humano.

O processo de mudança instaurado deve ser pensado como um processo sistêmico, deve abordar a estrutura organizacional, para que assim atinja seu objetivo de ofertar a justiça àqueles que buscam o judiciário. Espera-se, pois, que tais alterações no sistema judiciário brasileiro conduzam a uma sociedade mais justa e equânime.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Custódio Luis S. de. *Hermenêutica e Dialética* (Dos Estudos Platônicos ao Encontro com Hegel). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Goma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 5. ed. Brasília/DF: CNJ, 2015.

DORNELLES, João Ricardo W; PALOP, María Eugenia Rodríguez. *O Estatuto Moral da Vítima: Superando A Justiça Procedimental e a Necessidade de uma Perspectiva Ética Da Justiça*. In: ASSY, Bethania; MELO (Org.) et alii. *Direitos Humanos: Justiça, verdade e memória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 85 – 96.

DROZ, Geneviève. *Os Mitos Platônicos*. Tradução de Maria Auxiliadora Ribeiro Keneipp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada Hermenêutica*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007.

GADAMER, HANS-GEORG. *Verdade e Método II*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *O Novo no Direito de Luis Alberto Warat: Mediação e Sensibilidade*. Curitiba: Juruá, 2018.

GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

GUTIÉRREZ ALEMÁN, Carlos Bernardo. *Temas de Filosofía Herméutica: Conferencias y Ensayos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002.

LEDERACH, John Paul. *Transformação de Conflitos*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NIETZSCHE, Frederico. *A genealogia da moral*. Tradução: Carlos José Menezes. 5. ed. Lisboa, 1990.

ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila. *Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat*. In: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/4f8d2dab1f07d43b66312cdea67cd4eb.pdf>, Acesso em 13 de fev. de 2019,

ROHDEN, L.; AZEVEDO, M.; ROHDEN, C. *A Mediação enquanto exercício hermenêutico*. In: SOCIOLOGY OF LAW, 2015, Unilassale, <http://www.sociologyoflaw.com.br/ANAIS-2016.pdf>, p. 562-572.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica: entre a Linguagem da Experiência e a Experiência Da Linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. Traducción de Heber Cardoso. *La Legitimidad Democrática: Imparcialidad, Reflexividad y Proximidad*. España: Paidós, 2010.

RUIZ, Castor. *Justiça e Memória: para uma crítica ética da violência*. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2009.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Processo de Inovação Social Efetivador da Dignidade Humana – O Estudo Teórico e Prático da Mediação de Conflitos como Mecanismo de Empoderamento Humano*. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. (org.). *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa: Desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2012, p. 321 – 339.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, José Trindade. *Para ler Platão: A Ontoepistemologia dos Diálogos Socráticos*. São Paulo: Loyola, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Constitucionalismo e Concretização de Direitos no Estado Democrático de Direito*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Boletim da Faculdade de Direito. Stvdia Ivrídica 89. Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 111-141.

TRABATTONI, Franco. *Oralidade e Escrita em Platão*. Tradução de Fernando Eduardo de Barros Rey Puente e Roberto Bolzani Filho. São Paulo: Discurso Editorial; Ilhéus: Editus, 2003.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: Teoria e Prática da Mediação*. Curitiba: Juan Carlos Vezzulla, 1998.

UN NUEVO DERECHO SOCIAL: EL ACCESO A LOS SERVICIOS SOCIALES COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA DE PROTECCIÓN DE LA CIUDADANÍA

Data de aceite: 01/10/2020

Maria Victòria Forns i Fernández

Universitat Rovira i Virgili
ORCID 0000-0003-3938-8172

Objetivo 1. Erradicar a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares. Objetivo 2. Erradicar a fome, alcançar a segurança alimentar, melhorar a nutrição e promover a agricultura sustentável. Objetivo 3. Garantir o acesso à saúde de qualidade e promover o bem-estar para todos, em todas as idades. Objetivo 4. Garantir o acesso à educação inclusiva, de qualidade e equitativa, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos. Objetivo 5. Alcançar a igualdade de género e empoeirar todas as mulheres e raparigas. ...

17 Objetivos de
Desenvolvimento Sustentável,
2015

RESUMEN: El acceso a los servicios sociales se configura, como verdadero derecho universal fundamentado en las disposiciones internacionales, europeas, constitucionales y estatutarias. En este marco jurídico fundamental, la legislación específica en materia de servicios sociales de carácter general; así como la que se refiere a los diferentes ámbitos sectoriales de la acción pública social ha permitido tejer el entramado de servicios y prestaciones que, a modo de red, salvaguarda las necesidades de las personas más vulnerables y que se ha consolidado poco a poco de forma irreversible. De tal manera, que hemos asistido a una profunda transformación del sistema público de protección social, en el contexto de un Estado del Bienestar que hemos visto erosionado por efecto de las diversas crisis que Europa y el mundo global han sufrido de manera constante a lo largo de la historia reciente.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos. Derechos sociales. Servicios sociales. Estado del Bienestar. Ordenamiento jurídico.

UM NOVO DIREITO SOCIAL: O ACESSO AOS SERVIÇOS SOCIAIS COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIR A PROTECÇÃO DOS CIDADÃOS

A NEW SOCIAL RIGHT: ACCESS TO SOCIAL SERVICES AS AN INSTRUMENT TO GUARANTEE THE PROTECTION OF CITIZENS

ABSTRACT: Access to social services is a truly universal right based on international, European, constitutional and statutory provisions. Within this fundamental legal framework, the specific legislation on general social services and on the various sectoral areas of public social action has made it possible to create a network of services and benefits that safeguards the needs of the most vulnerable people and which has gradually become irreversibly. Thus, we have witnessed a deep transformation of the public social protection system, in the context of a Welfare State that we have seen eroded by the effect of the various crises that Europe and the global world have constantly suffered throughout recent history.

KEYWORDS: Human Rights. Social Rights. Social Services. Welfare State. Juridical Legislation.

1 | INTRODUCCIÓN¹

El marco jurídico de referencia de los servicios sociales en España son los derechos humanos y, en particular, los derechos sociales. Los derechos fundamentales sociales nacen para garantizar a la persona un nivel de bienestar digno y suficiente; manteniendo el necesario equilibrio entre prestación y protección para dar una respuesta adecuada a las necesidades del individuo en una sociedad globalizada y, a menudo, sobrepasada por la vorágine de los cambios políticos, organizativos, tecnológicos, sociales y, sobretodo, económicos. Atendiendo al carácter de servicio público que los poderes públicos deben asegurar como titulares², se puede afirmar que el derecho de acceso a los servicios sociales se ha convertido en un nuevo derecho social exigible por los ciudadanos, en justo cumplimiento de lo establecido por el ordenamiento internacional.

2 | EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL Y EUROPEO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales son el punto de partida y el fundamento de la legislación de los servicios sociales y de sus actuaciones en relación a las personas (Forns, 2018). Se hace así necesario realizar una aproximación de la normativa a escala internacional. Con

1. *Vid in totum*, Forns i Fernández, María Victòria (2019), “La construcción del derecho social de acceso a los servicios sociales”, en *Annais do I Congresso Global de Direitos Humanos. Novas políticas de cidadania e de desenvolvimento sustentável*, Camara Municipal de Lamego, Lamego, pp. 344-355; Forns i Fernández, María Victòria (2020), “La pervivencia de un modelo jurídico propio de servicios sociales en el Estado español: el sistema integrado de prestaciones de Cataluña”, *Cuadernos de derecho local (QDL)*, núm. 52, febrero, pp. 104-139.

2. En relación a las formas de prestación de los servicios sociales, *vid in totum*. Fuentes i Gasó, Josep Ramon (2020), “El règim jurídic de la provisió de serveis d’atenció a les persones a Catalunya: el concert social després de les directives europees contractació pública”, en Forns i Fernández, María Victòria (ed.), *La protecció jurídica de la atenció a las personas en materia de servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, pp. 177-203. En concreto, en el Estado español, “el anterior contrato de gestión de servicios públicos y cada uno de sus subtipos –concesión, gestión interesada, sociedad de economía mixta y concierto– estaban vinculados al concepto de servicio público. Pero el nuevo contrato de concesión de servicios ya no solo abarca la gestión de servicios públicos, sino también la de otros servicios que no tengan dicho carácter” (Fuentes, 2019, p. 24).

este propósito analizaremos la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 10 de diciembre de 1948 (DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y que España no ratificó hasta dos años después de la muerte del dictador Franco, en 1977.

La DUDH en el artículo 25 afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, su salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad”. En 1948 ya se hablaba de los servicios sociales como un derecho para todas las personas. Hay quizá que matizar que al concepto servicios sociales no le podemos atribuir la misma acepción que le damos en la actualidad, tal y como afirma Fantova (2008, p. 20), “ésta hace mención expresa de los Servicios sociales (artículo 25) aunque, ciertamente, no cabe pensar que se refiera a ellos en el sentido preciso que tal expresión ha ido adquiriendo en nuestro entorno” aunque la propia DUDH utiliza el concepto “servicios sociales” no les podemos atribuir la misma acepción que le damos en la actualidad. No se refiere sólo al derecho a los servicios sociales *strictu sensu*, si hacemos un repaso de los artículos subsiguientes considera como derechos sociales también a los que se refieren a la atención a la salud, la educación gratuita, el acceso a la vivienda, entre otros. Así pues, resulta muy importante la incorporación de los servicios sociales a la DUDH, aunque no los desarrolla.

Por lo que respecta a Europa, la *Carta Social Europea* de 1961 (CSE) es más explícita en la definición de los servicios sociales como derecho y los relaciona con el trabajo social y determina los objetivos de bienestar y de desarrollo personal y social, que los textos internacionales. La firma de este texto en el marco del Consejo de Europa supuso el compromiso de dedicar los esfuerzos necesarios para conseguir mejorar la calidad de vida y la promoción del bienestar social de todos los pueblos tanto de realidad urbana como rural, buscando así un equilibrio territorial a través de instituciones y acciones adecuadas. Es el tratado internacional más importante en materia de derechos sociales. Según Jimena y Salcedo (2016, p. 278), “constituye el instrumento más emblemático del Derecho social de los derechos humanos”.

La CSE quiere garantizar el ejercicio de los derechos sociales sin discriminación por razón de raza, color, sexo, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. Define diferentes derechos sociales, entre los cuales incorpora en el artículo 13, “toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a la asistencia social y médica”. Y, el artículo 14, se refiere a “toda persona tiene derecho a beneficiarse de los servicios de bienestar social”. El derecho a beneficiarse de los servicios sociales se garantiza en este mismo artículo dónde se explicita que las partes contratantes, refiriéndose a los firmantes de la Carta, se comprometen a “fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los

grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social” y a “estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios.”

La *Carta de Derechos Fundamentales* de 2007 (CDF), en el marco de la Unión Europea (UE), comprende un conjunto de derechos sociales en forma de: derechos civiles, políticos y sociales de todas las ciudadanas y ciudadanos. El Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 le otorga carácter jurídico vinculante en toda la UE, exceptuando Polonia y el Reino Unido. Con anterioridad y de forma sectorial se adoptó la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* de 2006, que en el artículo 26 hace referencia a la necesidad de organizar y ofrecer servicios sociales para las personas con discapacidad. La CDF se refiere a los principios de dignidad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía, la justicia, la libertad, que inspiran el articulado de los diferentes títulos del documento. El artículo 34.1 sobre la “*seguridad social y ayuda social*” en el que se establece que “la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”. Así pues, se hace referencia explícitamente a los servicios sociales como los garantes de la protección de diferentes colectivos que requieren según el texto una especial atención, aunque muy vinculados al ámbito laboral. Ahora bien, en el artículo 34.3, según López (2008, p. 578), “supera estos derechos sociales vinculados al ámbito laboral, porque en su tercer apartado contempla derechos orientados a evitar la exclusión social y la pobreza. De esta manera, este precepto inicia el conjunto de derechos universales que la CDF incluye”.

Los derechos recogidos en estos textos europeos se consolidan, con la proclamación del *Pilar Europeo de Derechos Sociales*, de forma conjunta por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de 2017, que en opinión de Casado (2019, pp. 375-376) “constituye una respuesta necesaria de la UE para reenganchar a millones de ciudadanos al proyecto europeo, tras los graves efectos de la crisis económica y de la política europea de austeridad en términos de desempleo, pobreza y desigualdad (...). En los años de crisis se han producido un recorte y una flexibilización importante de los derechos sociales. Es necesario, en un contexto económico más favorable, reaccionar frente a la magnitud de los recortes que se han producido y la profundidad de algunos de los cambios llevados a cabo, con resultados preocupantes en términos de precariedad laboral o desigualdad. La población empieza a tomar conciencia del impacto de la crisis sobre los derechos sociales y desde la UE se considera imprescindible dar una respuesta política”. Aunque afirma Giardini (2018, p. 93) que “la construcción de la dimensión social de la UE a tiene todavía muchos retos pendientes y muchas necesidades a las que responder. Es necesario un claro compromiso de la política comunitaria (y, por tanto, de los gobiernos europeos) con respecto a la solidaridad social en Europa”.

3 I EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN EL CONTEXTO DEL ESTADO DEL BIENESTAR

El nacimiento de la democracia formal en el Estado español supone el catalizador para la creación de los servicios sociales, tal y como los entendemos actualmente (Forns, 2018, p. 34). La promulgación de la Constitución española de 1978 (CE) configura el actual Estado de las autonomías, que supone el principio del desarrollo de los servicios sociales en Catalunya y en el conjunto de Comunidades Autónomas (CCAA).

La CE supone un cambio de modelo estatal, hacia el Estado de derecho, democrático y social que en el ámbito territorial conllevará el establecimiento del Estado autonómico, que supondrá la asunción de responsabilidades colectivas para hacer frente a las necesidades de los ciudadanos. Clasifica en tres grupos los derechos de los españoles: los derechos fundamentales y libertades públicas; los derechos y deberes de los ciudadanos y finalmente los principios rectores de la política social y económica. Mientras los dos primeros, como indica vinculan a todos los poderes públicos y son inmediata y directamente exigibles, en el caso del tercer grupo según Vila (2009, p. 24) “la aplicación de estos derechos sociales queda diferida, pues, a lo que determinen las leyes que los desarrollen. La aprobación de estas leyes corresponde al poder legislativo estatal o autonómico competente, de acuerdo con los criterios de reparto competencial establecidos en los artículos 147 a 150 de la CE y los correspondientes Estatutos de Autonomía”. Deja, por lo tanto, en manos de las CCAA la competencia exclusiva en materia de servicios sociales.

La CE en el capítulo correspondiente a los derechos y deberes fundamentales hace referencia expresa a la dignidad de la persona y a la necesidad de facilitar el desarrollo de los ciudadanos y se ratifica en los derechos fundamentales y las libertades de todos los tratados internacionales y la normativa europea, que el Estado español haya firmado.

El artículo 14 CE establece que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Así mismo, el capítulo III, “De los principios rectores de la política social y económica”, se refiere a colectivos específicos a los que presta especial atención por su protección: la familia y la infancia (artículo 39), la juventud (artículo 48), las personas discapacitadas (artículo 49) y las personas ancianas (artículo 50). Aunque el objeto de los servicios sociales en la actualidad va mucho más allá de la atención a estos colectivos, ampliando a la ciudadanía en su totalidad a través del acceso universal y de la atención integral a la persona.

La CE, a través del artículo 148.1.20, establece que las CCAA podrán asumir competencias en materia de asistencia social. Por lo tanto, destaca la responsabilidad de las CCAA en la asunción de los servicios sociales y su carácter social, así como el principio de descentralización del poder, aproximando los servicios al ciudadano. En este sentido, el Estado autonómico se convierte en el Estado social y de desarrollo de los servicios

sociales, tal y como afirma Aguado (2012, p. 47) “ha sido en gran medida el motor de la construcción del Estado del Bienestar y el desarrollo de los derechos sociales en España. Es preciso recordar el papel relevante que han tenido al respecto las CCAA, en ámbitos como los Servicios sociales, la educación y la sanidad, en los que ha asumido competencias de acuerdo con lo dispuesto por el bloque de la constitucionalidad”.

Cabe reconocer que la aprobación de la CE supondrá un antes y un después de la construcción del Estado del Bienestar y en la superación de la beneficencia y el desarrollo de los derechos sociales, que ya se halaban recogidos en la normativa internacional.

La CE, reconoce el derecho a la autonomía en el artículo 2 y por ello a través de la *Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya* (EC) se pretende adaptar el autogobierno catalán al contexto del siglo XXI y responder a las realidades y necesidades sociales respecto del Estatuto anterior de 1979. El nuevo EC, como norma institucional básica de las CCAA tiene un impacto en todos los ámbitos, también en los servicios sociales. Respecto a las novedades que aportan los estatutos de autonomía reformados, entre el que se encuentra el EC, asegura Vila (2011, p. 167) “*en el cas dels serveis socials, veurem que es refereixen [els estatuts reformats com el català] al concepte i al dret d'accés i també enfatitzen la competència exclusiva autonòmica sobre aquesta matèria [els serveis socials] i concreten el seu abast. D'altra banda, regulen altres aspectes, com l'ordenament territorial o les competències locals, que s'han de tenir en compte a la legislació de serveis socials*”. El EC desarrolla con mucha más concreción el articulado que se refiere a los titulares de derechos atribuyendo condición de ciudadanos a cualquier español con vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la CCAA, y en particular sobre esta cuestión el citado autor indica que el EC “*assenyala com a titulars dels drets en general – inclosos els serveis socials- les “persones”* (Vila, 2011, p. 168). Y, ciertamente, el EC resulta muy proteccionista en relación a los derechos y a aquellos que pueden ser sus titulares.

En esta línea, Pelegrí, defiende también que el EC coincide con una etapa garantista de la historia de los servicios sociales en Catalunya, tal y como el mismo la define en el período que va del 2004 al 2007, en la cual se aprueba el segundo Estatuto y la Ley de prestaciones sociales de carácter económico o el desarrollo de la *Ley 10/1997 de la renta mínima de inserción*, entre otras normas que impactan de manera significativa en el sistema catalán de servicios sociales. Así, considera que el nuevo EC “*reconeix els serveis socials amb molta més profunditat que l'anterior. (...) El terme “serveis socials” substitueix l'antic d'assistència social i se li s'assenyalen les atribucions d'una forma més valenta i moderna*” (Pelegrí, 2010, p. 211)

El Estado del bienestar en profunda revisión y en lucha constante contra el capitalismo neoliberal para subsistir, lo que requiere para López (2007, p. 269) “afrontar las causas estructurales de la desigualdad, y para ello es necesario actuar colectivamente. No basta una estrategia basada en la habilidad y racionalidad del sujeto individualmente considerado. Las

nuevas y viejas formas de desigualdad y de exclusión social operan en un entorno caracterizado por la expansión de las nuevas tecnologías y la reestructuración del sistema de producción capitalista”³. A pesar de ello, “la acción social se erige de forma inequívoca como el cuarto pilar del Estado del bienestar” (López, 2014, p. 22).

La crisis económica en un mundo globalizado⁴ ha provocado que la protección de los derechos sociales también entrara en crisis. Las limitaciones presupuestarias y las políticas de austeridad impuestas por la UE en los últimos años han obligado a algunos Estados, condicionados por una importante deuda pública, a tomar medidas para reducir el gasto público (Casado, 2019, p. 379) y “reducir drásticamente el nivel de protección de muchos derechos sociales”, lo que “ha conllevado un general redimensionamiento del Estado del bienestar europeo” (Gardini, 2018, p. 94). Un modelo de bienestar que, en nuestro país “incluye las intervenciones del Estado (tanto a nivel central como a los niveles autonómico y local) dirigidas a mejorar el bienestar social y la calidad de vida de la población” según Navarro (2004, p. 15). A pesar de ello, para Fantova (2019, p. 432), en todo caso, “no es equivalente el grado de desarrollo del sector económico de los servicios sociales o, en su seno, el del sistema público de servicios sociales, con el que tienen otros de los considerados académica o legislativamente como fundamentales para el bienestar, como, por ejemplo, los sectores económicos de los servicios de salud o educación o sus correspondientes sistemas públicos”.

En este complejo marco político, económico y social del inicio del siglo XXI en el que la democracia del Estado social intenta mantenerse a flote (Navarro, 2004, p. 15), el sistema organizativo y competencial de servicios sociales de Cataluña ha mantenido su propia idiosincrasia a través de la vigente *Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales* (LSS), en un escenario de postcrisis económica y social, de nuevo en una incipiente recesión; pero aún inmerso en una profunda crisis política e institucional tras la reforma del régimen local español de 2013.

En éste modelo, los entes locales suponen el primer nivel del sistema público de servicios sociales y constituyen los máximos garantes de la consecución de los principios

3. Éste autor continúa afirmando que “las aspiraciones a una democracia mejor que articule las diversas dimensiones de la vida social chocan con las tendencias exclusógenas que caracterizan al nuevo capitalismo informacional: genera riqueza, pero también genera nuevas jerarquizaciones, nuevas formas de desigualdad, y refuerza en parte las viejas formas de desigualdad y de pobreza preexistentes” (López, 2007, p. 253).

4. “La globalización pone de relieve la vigencia de fortísimas desigualdades a nivel global, que también demandan acciones colectivas comunitarias para hacerles frente, tanto presentando experiencias de acción colectiva comunitaria exitosas en otros lugares, como favoreciendo el uso de las nuevas tecnologías para crear comunidades que persiguen objetivos definidos” (López, 2007, pp. 269-270).

de proximidad⁵, descentralización⁶ y universalidad⁷ en la atención a la persona, que constituirán las claves de bóveda del sistema de servicios sociales del Estado español.

El sistema de servicios sociales es el más descentralizado de todos los que configuran los pilares del Estado del bienestar, en el que han tenido un rol determinante los entes locales “pese a las dificultades económico-financieras y a las derivadas de la atomizada estructura de la planta municipal, lo cierto es que el ejercicio de esa actividad y su papel como agentes de bienestar ha contribuido notablemente a la consecución de las finalidades del Estado social, caracterización que, junto con las de democrático y de Derecho, definen la forma en que se halla constituida España de acuerdo con la Constitución de 1978 (art. 1.1)” (Martínez-Alonso, 2016, pp. 202-203). En este marco, para Blanco, Gomà y Subirats (2018, p. 24), “el nuevo municipalismo se convierte en el espacio básico de reconstrucción de derechos sociales, desde una exigencia de innovación, más allá de los parámetros clásicos del estado de bienestar”.

En los últimos años el mantenimiento de la calidad y del nivel óptimo de los servicios y prestaciones sociales ante el incremento de la demanda se han visto comprometidos. Años en los cuales la crisis ha tenido un impacto no sólo por el incremento de las demandas y el crecimiento de la pobreza; sino por la intensificación del desequilibrio del binomio necesidades/recursos. En este panorama, la acción social, a través de la actuación de los servicios sociales ha intentado “no sólo paliar las necesidades más urgentes de los ciudadanos, sino prevenir y tratar los mismos con la intención de corregir los posibles desequilibrios o desigualdades sociales que los puedan provocar en un futuro” (López, 2014, p. 60). La atención integral y desarrollo de la persona⁸ va más allá por lo tanto de la pura asistencia, buscando la autodeterminación del individuo como estrategia clara de conseguir el bienestar social y familiar de la atención centrada en la persona en la que se

5. Según Mellado (2010, pp. 6-7), esa cercanía proporcionada por los ayuntamientos es insustituible por las demás administraciones, puesto que cada localidad tiene sus matices diferenciados y el contacto con los ciudadanos de cada núcleo es diferente, además los programas políticos de estas unidades básicas administrativas no deberían ser obviados con un mero salto en la jerarquía competencial.

6. Para Desdentado (2009, p. 113), “hay que tener en cuenta que la descentralización de competencias tiene sentido en aquellas materias que sean de interés primordialmente local, como ocurre con los servicios sociales. En este ámbito, la descentralización competencial tiene para el ayuntamiento la ventaja de que una asignación formal, expresa, de competencias sobre la materia en las que ya viene desarrollando su actividad implicaría la obtención de una vía adicional de financiación”.

7. Vilà (2009, p. 31) pone de manifiesto que “persiste la confusión en torno al principio de universalidad y la necesidad de concretar medidas operativas que garanticen el derecho constitucional de igualdad”. En este sentido, la Ley 12/2008, de 5 de diciembre de Servicios sociales del País Vasco, art. 14, destaca el “carácter universal” de las prestaciones para aquellos ciudadanos que cumpliendo con los requisitos establecidos puedan tener derecho. Ahora bien, para Anaut (2019, p. 132), “el marco normativo ha entendido el principio de universalidad sin terminar de reconocer los derechos subjetivos, prácticamente hasta la aprobación de la LAPAD en 2006”. Aunque en opinión de López (2006, P. 17), “en todos los modelos de Estado del Bienestar puede observarse cómo la íntima conexión entre democracia y universalidad de los derechos legitima el papel de las instituciones públicas e impulsa una reclamación de servicios por parte de colectivos que se encuentran excluidos del Sistema de Bienestar”.

8. En opinión de Rodríguez (2013, p. 74), “la atención integral centrada en la persona es la que promueve las condiciones necesarias para la consecución de mejoras en todos los ámbitos de la calidad de vida y bienestar de la persona, partiendo de respeto pleno a su dignidad y derechos, de sus intereses y preferencias y contando con su participación efectiva”.

basa de atención social.

El modelo catalán de servicios sociales tiene por objetivo atender a las necesidades que genera la realidad social dinámica y diversa del territorio priorizando los colectivos más vulnerables. La respuesta tiene que incorporar el criterio de eficiencia y pretende mejorar la calidad vida de las ciudadanas y los ciudadanos y conseguir mayores cuotas de bienestar. Un modelo en el que a la vez que persigue ser un modelo de cohesión social y territorial, abre el debate sobre nuevos derechos subjetivos y sobre la necesidad de redefinir los servicios sociales y sus funciones.

Sin duda, en el momento actual los derechos sociales y los servicios que los atienden desempeñan cada vez más un rol trascendente. Cocciolo (2015, p. 14-15) pone de manifiesto que “mientras que los derechos fundamentales del constitucionalismo estatal surgieron para proteger al individuo del poder político, los ‘derechos fundamentales sociales’, en la era de la globalización policéntrica, deben proteger la sociedad de los excesos de la economía, de la ciencia, de la tecnología, de la religión, etc.”

4 I LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LOS SERVICIOS SOCIALES

En relación a los derechos, deberes y principios relacionados con los servicios sociales y sus garantías, una de las grandes novedades del Estatuto de 2006 es la inclusión de los derechos y deberes de las personas residentes o que se encuentren en el territorio de Catalunya.

El EC establece el catálogo de derechos y deberes garantizados a todos los ciudadanos y ciudadanas de Catalunya, que los poderes públicos han de promover y preservar. Así, en el artículo 15.2 EC se establece que “todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal”. El capítulo I de Derechos y deberes del ámbito civil y social relaciona todos los ámbitos en los que los derechos de las personas están protegidos por el EC, artículos 16 a 19 y 26: familias, menores, ancianos, mujeres, servicios sociales y vivienda; todos estos se refieren específicamente al que llamamos en la actualidad “servicios de atención a las personas”, dentro de los cuales los servicios sociales tienen un interés particular.

Entre los derechos, el EC menciona explícitamente el “Derecho a los servicios sociales” y establece que se podrá acceder en condiciones de igualdad. Cabe destacar que algunos de los principios del EC están relacionados con los servicios sociales. Por ejemplo, cuando se refiere explícitamente a la promoción de políticas públicas que fomentan la cohesión social y que garantizan un sistema de servicios sociales de titularidad pública y concertada, adecuada a sus indicadores económicos y sociales, así mismo considera que se debe garantizar la gratuidad de los servicios sociales básicos.

En el artículo 24.1 EC, dónde se destaca el acceso a prestaciones y que para cualquier actuación requiere el consentimiento de las personas, haciendo que sean sujetos activos de las intervenciones sociales. El apartado 2 del mismo artículo considera las personas con necesidades especiales sujetos de derechos dentro de los servicios sociales. Las víctimas de pobreza se reconocen como beneficiarias de la renta garantizada de ciudadanía, en el apartado 3 del artículo 24 EC. En los apartados segundo y tercero del artículo 24 EC, dice Tornos (2008, p. 96), “reconocen un derecho genérico a recibir prestaciones sociales a las personas con necesidades especiales para mantener la autonomía personal en la vida diaria o a las que estén en situación de pobreza. Pero tampoco determinan qué prestaciones concretas, remitiendo su concreción a lo que establezca la ley”. Por lo tanto, aunque se reconocen derechos, y como expresa este autor, “derechos genéricos”, no podemos decir que en el EC se haga referencia al derecho subjetivo a prestaciones sociales concretas, en todo caso el EC impone un mandato al legislador de cómo articular las prestaciones, en base al principio de igualdad recogido en el artículo 24.1 EC, que establece que “todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de la red de servicios sociales de responsabilidad pública, a ser informadas sobre estas prestaciones y a dar el consentimiento para cualquier actuación que les afecte personalmente, en los términos que establecen las leyes.”

Así pues, concluye Tornos (2008, p. 97) “el Estatuto de Autonomía no crea derechos públicos subjetivos en materia de servicios sociales (...). Lo que sí queda garantizado es que debe existir un sistema público de servicios sociales, cuya gestión podrá ser concertada. Lo que no es posible es renunciar a la responsabilidad pública en la garantía de unas mínimas prestaciones”. En su contra López, defiende la tesis contraria, posición con la que plenamente nos identificamos. No solo considera que en los nuevos estatutos del Estado español reflejan los derechos sociales de manera clara y evidente, sino que apunta que, en estos nuevos estatutos, entre los cuales está el de Catalunya, se determinan un sinnúmero de derechos subjetivos, pues “regulan con especial precisión dos garantías fundamentales: la exigibilidad de los derechos subjetivos estatutarios frente a los poderes públicos y su justiciabilidad ante los tribunales en caso de incumplimiento” (López, 2012, p. 33).

5 | CONCLUSIONES

Los derechos sociales históricamente se han vinculado a la protección del ser humano ante cualquier tipo de discriminación, desigualdad o necesidad social. Siempre han tenido y siguen teniendo un marcado carácter reivindicativo y sus objetivos se centran en mejorar la calidad de vida de las personas y su bienestar en todos los ámbitos. Muchos son los derechos sociales recogidos en la normativa internacional i europea y hemos podido comprobar como esta tiene su traducción en el marco constitucional español y en el estatutario catalán.

Nos hemos centrado en el acceso a los servicios sociales configurándolo, como verdadero derecho universal fundamentado en las disposiciones constitucionales y estatutarias. En este marco jurídico fundamental, la legislación específica en materia de servicios sociales de carácter general; así como la que se refiere a los diferentes ámbitos sectoriales de la acción pública social ha permitido tejer el entramado de servicios y prestaciones que, a modo de red, salvaguarda las necesidades de las personas más vulnerables y que se ha consolidado poco a poco de forma irreversible, a través de la evolución normativa. Hemos asistido a una profunda transformación del sistema público de protección social que se nutre de una diversidad de operadores, públicos y privados; pero sobretudo del Tercer Sector.

Este nuevo modelo relacional ha situado en el centro del sistema de servicios sociales a la persona legitimada para exigir el efectivo cumplimiento del derecho de acceso.

Para Forns (2020, p. 118) “en este contexto de crisis y de incremento exponencial de las necesidades y de respuesta insuficiente del sistema, se ha producido un cambio en la forma de relacionarse los ciudadanos con el sistema de protección social y en especial con los servicios sociales; el empoderamiento de las personas como sujetos de derechos, de derechos subjetivos y por tanto exigibles y justiciables. Queda claro que el modelo es perfectible y que debemos abordar la segunda década del siglo XXI adaptando las políticas sociales a las nuevas necesidades y a las nuevas realidades”.

REFERÈNCIAS

Aguado i Cudolà, Vicenç. (2012), “El régimen jurídico de las prestaciones de los Servicios sociales “, en Ezquerro, A. (coord.), *El marco jurídico de los Servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona.

Anaut Bravo, Sagrario (coord.) (2019), *El sistema de servicios sociales en España*, Aranzadi- Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra).

Blanco Fillola, Ismael, Gomà Casanova, Ricard, Subirats i Humet, Joan (2018), “El nuevo municipalismo: derecho a la ciudad y comunes urbanos”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (GAPP)*, núm. 20, noviembre, pp. 14-28.

Casado Casado, Lucía (2019), “El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, núm. 2, pp. 375-404. ISSN: 2359-5639- DOI: 10.5380/rinc.v6i2.61813.

Cocciolo, Endrius Eliseo (2015), “La Unión de la Energía y la gobernanza del sistema tierra en el antropoceno: una cuestión constitucional”, *Revista Catalana de Derecho Ambiental (REDA)*, vol. VI, núm. 1, pp. 1-44.

Desdentado Daroca, Eva (2009), “Estudio sectorial sobre la descentralización de competencias en servicios sociales”, en Galán Galán, Alfredo y Prieto Romero, Cayetano (dirs.), *La descentralización de competencias autonómicas en la ciudad de Madrid*, Barcelona, Huygens, pp. 89-118.

Fantova Azcoaga, Fernando (2019), “Los agentes en la transformación de los servicios sociales”, *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 32, núm. 2, pp. 431-444.

Fantova, Azcoaga, Fernando (2008), “Sistemas públicos de Servicios sociales. Nuevos derechos, nuevas respuestas”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, núm. 49.

Forns i Fernández, Maria Victòria (2018), “El sistema organizativo y competencial de los servicios sociales locales de la postcrisis. El caso de Catalunya”, *Revista de Dereito Administrativo & Constitucionall*, núm. 74, pp. 25-66.

Forns i Fernández, Maria Victòria (2019), “La construcción del derecho social de acceso a los servicios sociales”, en *Annais do I Congresso Global de Direitos Humanos. Novas políticas de cidadania e de desenvolvimento sustentável*, Camara Municipal de Lamego, Lamego, pp. 344-355.

Forns i Fernández, Maria Victòria (2020), “La pervivencia de un modelo jurídico propio de servicios sociales en el Estado español: el sistema integrado de prestaciones de Cataluña”, *Cuadernos de derecho local (QDL)*, núm. 52, febrero, pp. 104-139.

Forns i Fernández, Maria Victòria (2020), “Estado del Bienestar y Servicios Sociales: ¿un binomio en crisis?”, en Forns i Fernández, Maria Victòria (ed.) *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, pp. 91-124.

Fuentes i Gasó, Josep Ramon (2019), “La pervivencia de la gestión indirecta de los servicios públicos locales tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público: las sociedades de economía mixta”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, junio, núm. 50, pp. 14-51.

Fuentes i Gasó, Josep Ramon (2020), “El règim jurídic de la provisió de serveis d’atenció a les persones a Catalunya: el concert social després de les directives europees contractació pública”, en Forns i Fernández, Maria Victòria (ed.), *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, pp. 177-203.

Gardini, Gianluca (2018), “Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexionas desde lo ordenamiento italiano”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 9, pp. 84-98.

Heras Trías, Pilar (2008), “Reforçar l’estat del benestar per aconseguir una societat més justa i cohesionada”, *Activitat Parlamentària*, núm. 14, enero, pp. 35-47.

Jimena Quesada, Luis., Salcedo Bertrán, Mari Carmen (2016), “Desafíos para la protección de los derechos sociales en Europa: la Carta Social Europea”, *Revista de administración Pública*, núm. 97, pp. 275-308.

López Fernández, Francisco Javier (2014), *Acción social en España*, Asociación Científica y Cultural Iberoamericana (ACCI), Madrid.

López Peláez, Antonio (2006), “Democracia, discapacidad y dependencia: ¿qué papel juega la noción de ciudadanía en las declaraciones y recomendaciones internacionales?”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 65, pp. 13-24.

López Peláez, Antonio (2007), “Ciudadanía, igualdad y servicios sociales: los límites del discurso neoliberal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 3 extraordinario dedicado a: Igualdad de oportunidades para todos, pp. 251-272.

López Menudo, Francisco (2012), “La situación de los servicios sociales en el actual escenario de crisis económica”, en Ezquerro, A. (coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Barcelona, pp. 29-121.

López Escudero, Manuel (2008) “Artículo 34. Seguridad social y ayuda social”, en Mangas Martín, Araceli (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, pp. 577-593.

Martínez-Alonso Camps, José Luís (2016), “La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y su incidencia en los Sistemas Locales de Bienestar”, *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, vol. XLVIII, 4ª. época, núm. 188, verano, pp. 201-212.

Mellado Ruíz, Lorenzo (2010), “Notas críticas sobre el anteproyecto de ley para la racionalización y sostenibilidad de la administración local: entre la reforma y la intervención”, *Revista CEMCI*, núm. 17, octubre – diciembre, pp. 1-36.

Navarro López, Vicenç (2004), “Ideología y política en España”, *Cuadernos Republicanos*, núm. 55, pp. 107-111.

Rodríguez Rodríguez, Pilar (2013), *La atención integral y centrada en la persona*, Colección Papeles de la Fundación, núm. 1, Fundación Pilares para la Atención Personal, Madrid.

Sáenz Royo, Eva. (2009), “Derechos de protección social y Estado autonómico: los márgenes constitucionales de actuación del Estado y de las CCAA”, en Embid Irujo, Antonio. (ed.), *Derechos económicos y sociales*, Ed. Iustel, Madrid, pp. 25-66.

Tornos Mas, Joaquín (2008), “La configuración de las prestaciones sociales como derechos subjetivos”, en Aguado i Cudolà, Vicenç. (coord.), *El sistema de serveis socials de Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*, Barcelona, pp. 95-125.

Vilà i Mancebo, Antoni (2009), *Informe: tendencias de la nueva legislación de servicios sociales*, European Anti Poverty Network (EAPN), Madrid.

Vilà i Mancebo, Antoni (2009), *Informe. Tendencias de los Servicios sociales*, European Anti-Poverty Network (EAPN), Madrid.

Vilà i Mancebo, Antoni (2011), “Els serveis socials a les comunitats autònomes” en Pelegrí Viaña, Xavier. (ed.), *Els serveis socials a Catalunya. Aportacions per al seu estudi*, Universitat de Lleida - Universitat Rovira i Virgili, Lleida-Tarragona, pp. 163-196.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E DIREITO À MORADIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO DE SUPERFÍCIE E DO DIREITO DE LAJE

Data de aceite: 01/10/2020

Luís Henrique da Silva Hennika

Universidade de Caxias do Sul

Janaína Rigo Santin

Universidade Federal do Paraná-Brasil

Universidade Federal de Santa Catarina-Brasil

Universidade de Passo Fundo-RS

Universidade de Caxias do Sul.

<https://orcid.org/0000-0001-6547-2752>.

RESUMO: Garantir moradia digna reporta a um princípio constitucional: o da dignidade da pessoa humana. No que diz respeito a planejamento territorial, o Plano Diretor representa o principal documento legal para cumprimento da função social da propriedade urbana e aumentar a oferta de moradias nos Municípios brasileiros. Nesse sentido, o presente artigo pretende estudar as potencialidades do direito de superfície e o direito de laje como exceções ao princípio da acessão, os quais possibilitam que diversos direitos reais convivam em um mesmo imóvel.

PALAVRAS-CHAVE: Função social da propriedade, dignidade humana, direito à moradia, regularização fundiária.

SOCIAL FUNCTION OF URBAN PROPERTY AND RIGHT TO HOUSING: AN ANALYSIS FROM THE RIGHT SURFACE AND THE RIGHT OF SLAB

ABSTRACT: Ensuring decent housing reports to a constitutional principle: that of the dignity of the human person. With regard to territorial planning, the Master Plan represents the main legal document for fulfilling the social function of urban property and increasing the supply of housing in Brazilian municipalities. In this sense, the present article intends to study the potentialities of surface law and slab law as exceptions to the accession principle, which allow several real rights to coexist in the same property.

KEYWORDS: Social function of property, human dignity, right to housing, land regularization.

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988, popularmente conhecida como “Carta Cidadã”, expõe a garantia do direito de propriedade, desde que atenda a sua função social, uma vez que as normas concernentes aos direitos fundamentais são de aplicação imediata.

Trata-se de direitos de primeira geração¹, também chamados direitos e garantias fundamentais individuais, as quais contextualizam-se como cláusulas pétreas, não podendo ser alterados por Emenda Constitucional, segundo artigo 60, §4, da Constituição Federal de 1988. Da mesma forma,

1. Para maior aprofundamento sobre direitos fundamentais ver: SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do Poder Local**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

o tema “Função Social da Propriedade” está também previsto na Constituição, no inciso III do artigo 170, onde se estipulam os princípios norteadores da atividade econômica e financeira, tendo por propósito “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. E para concretizar o princípio da função social da propriedade nas cidades brasileiras, criaram-se instrumentos de Política Urbana, em especial nos artigos 182 e 183 da Magna Carta. Eles estabelecem limites ao direito de propriedade a partir da política adotada por cada cidade, sendo previstos no Plano Diretor, conforme artigo 182, §2º da CF.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...]

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

O Estatuto da Cidade (lei 10.257/2001), lei federal que veio para regulamentar o capítulo de política urbana da Constituição Federal de 1988, especifica no artigo 41, que o Plano Diretor é obrigatório para municípios com mais de vinte mil habitantes; pertencentes a regiões metropolitanas e concentrações urbanas; integrantes de áreas de especial interesse turístico e inseridos na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; Municípios inseridos nos cadastros nacionais de áreas com riscos de desabamento, inundação ou processos geológicos e hidrológicos semelhantes; bem como aqueles Municípios que desejem fazer uso dos instrumentos de políticas urbanas previstos no artigo 182, §4º.²

No que diz respeito a planejamento territorial, o Plano Diretor representa o principal documento legal para cumprimento da função social da propriedade urbana. É de suma importância, pois os próprios municípios têm competência para legislar sobre temas de interesse local, entre eles, ordenamento territorial, ocupação do solo, seu uso e parcelamentos, entendimento corroborado pelo artigo 30, CF.³ Além disso, editar um Plano Diretor auxilia nos casos em que Municípios almejam obter recursos financeiros junto ao Governo Federal por meio do Ministério das Cidades.⁴

2. Para maior aprofundamento sobre Estatuto da Cidade e Poder Local ver: SANTIN, Janaina Rigo. Poder Local e Gestão Democrática Municipal: uma análise a partir da teoria do discurso em Jurgen Habermas. HERMANY, Ricardo (Org.). **Empoderamento Social Local**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

3. Sobre competências municipais ver: SANTIN, Janaína Rigo; MENEGAZ, Jean Carlos Bittencourt. Pacto federativo e autonomia legislativa municipal. **História: Debates e Tendências**, vol. 15, núm. 1, jan./jun. 2015, pp. 101-113.

4. SANTIN, Janaína Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Direito Urbanístico e Estatuto das Cidades. **Revista de Direito Imobiliário**, ano 30, v. 63, 2011. pp. 38-52.

É fundamental salientar que o Poder Público deve observar se a propriedade urbana está cumprindo ou não com a sua função social, prevista no artigo 5º, inciso XXIII da CF, que expressa que “a propriedade atenderá a sua função social”. E nas cidades, a maneira como se verifica se a propriedade está ou não cumprindo a função social é a partir da observância do que está disposto no Plano Diretor, o qual deve dispor sobre exigências salutaras na ordem da cidade, referentes aos indivíduos e seu bem-estar perante um contexto coletivo. Conquanto, se essas exigências não estiverem sendo observados, a Constituição Federal estabelece penalidades em seu artigo 182, § 4º, que só poderão ser instituídas na vigência do Plano Diretor Municipal:

Art. 182. [...]

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O município pode estipular prazos para cumprimento da obrigação de parcelamento (loteamento ou desmembramento), edificação (em casos de terrenos baldios ou subutilizados) ou utilização compulsória (em caso de terrenos construídos, mas abandonados) do solo, conforme artigo 5º do Estatuto da Cidade. O objetivo é refrear a especulação imobiliária, diminuir custos de processos urbanísticos, ampliar oferta de imóveis e moradias, minimizar a expansão urbana e estimular o uso de espaços degradados e ociosos.

O IPTU (imposto predial e territorial urbano) progressivo no tempo, instituído no artigo 7º do Estatuto da Cidade, trata-se de uma sanção ou punição que o proprietário do imóvel recebe quando não cumpre com a função social e aproveitamento do local. Se a obrigação de parcelar ou edificar não seja cumprida em um período temporal de cinco anos, o Município deverá manter a cobrança em um percentual de até quinze por cento, podendo após cinco anos de cobrança do IPTU até desapropriar o imóvel. Constitui-se como uma finalidade extrafiscal do tributo, ou seja, uma sanção pelo descumprimento da função social da propriedade urbana.

O IPTU progressivo já foi questão de ampla discussão no STF (Supremo Tribunal Federal) com relação a sua constitucionalidade. Em 24 de setembro de 2003, o STF editou a súmula 668⁵, determinando que é constitucional a lei municipal tributária, sempre que visar garantir a função social da propriedade urbana.

Caso o proprietário não atender as obrigações anteriormente descritas, conforme dispõe o artigo 8º do Estatuto da Cidade será possível a desapropriação do imóvel, cujo pagamento se dará mediante títulos da dívida pública, resgatáveis em prazo de até dez anos, sujeita à prévia aprovação do Senado Federal. Por sua vez, o Município também terá o dever de cumprir a função social da propriedade que foi desapropriada. Após a integração do imóvel ao patrimônio público, em prazo de cinco anos, deve designar destinação idônea e correta ao imóvel, consoante artigo 8º, §4º e artigo 26 do Estatuto da Cidade (podem ser criados espaços públicos de lazer, de preservação ambiental, destinados à regularização fundiária, bem como para atrair ou desenvolver atividades econômicas), sob pena de improbidade administrativa do Prefeito (art. 52 do Estatuto da Cidade)

Enfim, em tempos contemporâneos, o direito de usar a superfície e a obrigação de cumprir com a sua função social acabaram se tornando objetos primordiais para a implementação das políticas públicas. Esses instrumentos corroboram para o aumento de unidades e o incremento ao acesso à moradia digna, permitindo a terceiros o total aproveitamento e uso de espaços inutilizados pelos proprietários de imóveis.

Garantir moradia digna reporta a um princípio constitucional: o da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é um conceito propriamente derivado da luta pelos Direitos Humanos. Nas palavras de Paulo Bonavides, ela deixou de ser exteriorização do direito natural metapositivo, de essência divina e/ou humana.⁶ Na visão de Ingo Sarlet, a dignidade trata-se de uma orientação rumo à concretização de direitos fundamentais, sendo uma condição e limite de atuação de Poderes Públicos.⁷ Ela pode ser entendida como a honra, a virtude e a qualidade moral, características possuídas pelo indivíduo, que perpetuam o respeito e a capacidade racional, que o distinguem dos demais seres da natureza. É inata ao homem, pois todos são dotados de uma capacidade reflexiva.⁸

É possível deduzir que é o ser humano quem constrói a sua própria dignidade e a do seu próximo, pois tempo e espaço modificam seu conceito. Como a dignidade é um conceito *numerus apertus*, abre campo para diversas indagações. Em solo brasileiro, ainda se estampa o estado de miséria em que muitos indivíduos vivem, como exemplo, a moradia nas favelas, cortiços e mesmo na rua, debaixo de pontes. O Estado, essa entidade abstrata,

5. Redação integral da Súmula 668: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.”

6. BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.231.

7. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 58.

8. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 30.

não é capaz de garantir os direitos fundamentais a todos. E quando a dignidade de alguns é deixada de lado, sua própria sobrevivência é atingida.

Para Immanuel Kant,⁹ tudo no mundo tem um preço ou uma dignidade. Se algo tiver preço, pode ser substituído por coisa equivalente. Já, coisas acima de qualquer preço, se autodenominam dignidades. Assim, direito à saúde e direito à moradia adequada constituem-se dignidades. Dignidade é o princípio essencial da pessoa humana, e fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1, inciso III da Constituição Federal de 1988). Dela deriva outro princípio: o da isonomia. Se todos são iguais perante a lei (artigo 5º, caput, CF) e a casa é asilo inviolável do indivíduo (artigo 5º, inciso XI, CF), é óbvio que todos possuem direito a esse asilo e essa inviolabilidade. Para tanto, como forma de garantir esse pressuposto, faz-se necessário que a própria moradia obedeça aos fundamentos formais de existência.

Sendo um direito novo, inserido no artigo 6º da CF pela EC nº 26/2000¹⁰, o direito à moradia advém de vários processos de lutas, reivindicações e interesses comuns estatais a partir de movimentos sociais como a Reforma Urbana e o movimento dos sem-teto. Esse direito busca estreitar sua nova fase: um país mais solidário no que diz respeito à função social da propriedade, entre elas, privilegiar a construção de moradias adequadas, dignas e formais.

O conceito de moradia adequada vai além daquela ideia de que ofereça guarida contra variações climáticas, que tenha teto e paredes. Ela deve ser um local salubre, seguro e de um tamanho mínimo para que se possa considerá-la habitável. É também necessário um bom serviço de saneamento básico e que disponha de equipamentos comunitários e sociais próximos, incluindo lazer e escola.

O direito à moradia digna para todo e qualquer ser humano foi inserido no Documento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo XXV, nº1:

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

Segundo Nelson Saule Júnior, uma moradia digna deve apresentar os seguintes critérios: disponibilidade de serviços, benefícios e materiais, uma formal segurança jurídica de posse em casos de despejo forçado, boa infraestrutura, condições habitáveis (presença de energia elétrica, água potável, saneamento básico, local de armazenamento

9. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008. p. 65-71. Ver também POLETTTO, Sadi; SANTIN, Janaína Rigo; BETTINELLI, Luiz Antonio. Dilemas do Enfrentamento da Morte de Pacientes Idosos. Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais, v. 12, 2.ed., 2012. Disponível em: <https://revista.pgsskroton.com/index.php/juridicas/article/view/716>. Acesso em 14 jul. 2020.

10. A redação anterior à emenda n. 26/2000: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

de alimentos), gastos possíveis de serem efetuados, com referência à renda do proprietário (aluguel e taxas de manutenção de serviços), proteção climática e biológica (contra frio, calor, umidade, vetores transmissores de doenças), condições de fácil acesso à moradia (principalmente para crianças, idosos e portadores de deficiência), localização adequada (com relação a transportes e equipamentos urbanos, oportunidades de emprego, serviços de saúde e educação, tradições culturais do morador). Enfim, ela deve proporcionar a integração social e territorial até mesmo para famílias carentes.¹¹

Caso não haja os requisitos acima elencados, entrar-se á em um contexto de informalidade, indignidade e exclusão pessoal. Está bastante presente nas cidades brasileiras, em especial as de médio e grande porte, pessoas residentes nas favelas e cortiços, com a posse de superfície informal em relação ao solo. Tais situações são uma desonra da dignidade humana, pois indivíduos vivem em condições degradantes no que se refere à habitação, saneamento urbano, higiene, saúde e privacidade.¹²

Esse instituto do direito de superfície propicia inúmeras vantagens de auxílio ao cumprimento da função social da propriedade, livrando o proprietário territorial privado de ter seu terreno expropriado, quando não desejar aliená-lo de forma definitiva nem edificar sobre ele. Também possibilita ao poder público aumentar a oferta de moradias sem se desfazer do direito real sobre a terra, já que são inúmeros os casos de imóveis da Administração Direta e Indireta que não cumprem sua função social pelos entraves burocráticos do regime jurídico-administrativo. Favorece, portanto, tanto para o privado quanto para o público a construção de moradias e o cumprimento de funções sociais do

11. SAULE JR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p. 105.

12. “O processo de favelização na sociedade brasileira teve origem em vários fenômenos sociais, que atingiram seu auge principalmente a partir da segunda metade do Século XX, em razão do processo migratório, da explosão demográfica, do desemprego, de uma legislação excessivamente rigorosa, no que se refere ao parcelamento do solo urbano, e da omissão do Estado na implementação de políticas públicas adequadas e suficientes para prover a demanda por habitação adequada. A favela representa, sem dúvida, o retrato estigmatizado da exclusão social marcada pela pobreza, pela violência, pela marginalização, pela degradação da pessoa humana, e principalmente pelo afastamento do Estado. Nesse aspecto, ela nasce, cresce e se reproduz autonomamente, a partir da informalidade da forma de habitação, mas que se reflete na exclusão da saúde, da educação, da segurança, do mercado de trabalho, de infra-estrutura básica, da dignidade.[...] Desta forma, quem não pode pagar pelo preço final do solo formalizado para edificar sua habitação, vai adquiri-lo no mercado informal daquele que não regularizou o parcelamento do solo conforme o sistema oficial, de acordo com a necessidade e capacidade econômica da população pobre, por esta razão, na informalidade. Por saberem que estão na informalidade com relação à aquisição do solo que habitam as pessoas que fazem parte destes grupamentos não precisam seguir as regras do direito oficial brasileiro sobre arruamentos, tamanho de lotes, forma e tamanho de construções, destinação de áreas. Não precisam de qualquer autorização do poder público para edificar, demolir, reconstruir. Passam a ser atraídas pela possibilidade de construir, aos poucos, a sua moradia, conforme suas condições financeiras lhes permitam. Nessa situação, o movimento de pessoas, de construções e de “puxadinhos”, fazem com que a paisagem da favela torne-se uma pintura que se transforma todos os dias, pela rapidez com que as negociações acontecem. Fora do sistema oficial, desenvolve-se dentro deste espaço um outro direito não-oficial que passa a ter vigência paralelamente, ou em conflito, com o direito oficial brasileiro, que é administrado pela associação de moradores, responsável pela prevenção e solução dos conflitos decorrentes da posse do solo e dos direitos sobre as construções.” CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. O Direito de Superfície sob Nova Perspectiva. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_%20artigos_leitura&artigo_id=2458, consultado em 12 fev. 2018.

solo urbano, inclusive atribuindo ao solo público destinação compatível com sua função.¹³

Assim, uma vida com dignidade só poderá ser alcançada com moradia adequada (direito social), na qual também faz parte a segurança jurídica da posse e da propriedade, que são direitos fundamentais individuais.

Para ampliar ainda mais a oferta de moradia e, em especial, como importante instrumento de regularização fundiária, tem-se hoje no Brasil o direito de laje ou de sobrelevação, que nada mais é do que um instituto derivado do direito de superfície. É o que se verá a seguir.

21 O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO CÓDIGO CIVIL E NO ESTATUTO DA CIDADE

A modalidade do Direito de Superfície está disciplinada em duas espécies normativas: o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade – lei 10.257/2001. Concordando-se que há dois institutos trabalhando a mesma matéria, é normal se ter a impressão de que haja conflito entre normas, porém não há. O Estatuto da Cidade é uma norma especial e deve prevalecer sobre o chamado Código Civil, norma geral. Se o direito de superfície é instaurado para fins de instrumento de política urbana, regulamentado pelo Plano Diretor Municipal, incide o Estatuto da Cidade. Se não for para fins urbanísticos, aplica-se o Código Civil. Outra interpretação é a seguinte: se o Estado fizer parte da relação jurídica, por ser o Código Civil aplicado entre civis, aplica-se a norma especial (Estatuto da Cidade, que é uma lei de direito público). Se os dois polos jurídicos forem ocupados por particulares, aplica-se a norma geral.¹⁴

O art. 1369 do Código Civil de 2002 assim dispõe: “O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”. Já o art. 21 do Estatuto da Cidade dá-se outra possibilidade, que é também estabelecer o direito de superfície por tempo indeterminado, semelhante ao que já ocorre na locação urbana.

Toda obra ou plantação que se desdobra a partir do direito de superfície, dá-se o nome de implante. Segundo Valkiria Lopes, “a concessão consiste na outorga pelo proprietário ao superficiário do direito de construir ou plantar sobre ou sob o terreno daquele. O proprietário é o cedente do direito de implante, e o superficiário o cessionário.”

¹⁵ De acordo com o entendimento de Sandra Pires, o direito de implante pode se constituir através de plantação ou construção de qualquer tipo ou espécie, dentre elas: moradia, comércio, praças, estádios, indústria, etc.¹⁶

13 LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de direito urbanístico**. Imprensa: Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 147.

14. SANTOS, José Augusto Lourenço dos *et.al.* Direito de Superfície: um paralelo entre o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. v. 1, n. 3. Ipatinga, 2012. pp. 3-22. Disponível em: <http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/109/pdf/>. Acesso em: 12 fev. 2018.

15. FERRARO, Valkiria Lopes. Direito de Superfície: um paralelo entre o Estatuto da Cidade e o novo Código Civil. **Revista Jurídica da Unifil**, ano II, n°2, p. 136. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-8.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

16. PIRES, Sandra. O direito real de superfície entre particulares no Código Civil Brasileiro: a extinção como modo

Então, entende-se que o direito de superfície é um direito real sobre coisa ou terreno alheio, diverso e desligado da propriedade imobiliária. Sua constituição se dá por registro de ato de aquisição e/ou transmissão no Cartório de Imóveis e extinção através de uma averbação na matrícula imobiliária. Assim, o contrato que principia esse direito gera exclusivamente efeitos pessoais entre os partícipes. O superficiário tem o direito de usar o imóvel, em termos contratuais. O superficiário apropria-se da posse direta da coisa, incumbindo ao proprietário a posse indireta. Porém, a eficácia de direito real só é obtida quando se registra no Cartório Imobiliário.

Assim, o objetivo do direito de superfície é proporcionar ao superficiário o direito de ocupar a extensão física externa e direta do imóvel, seja plantando, construindo ou usando o espaço aéreo, com limitações de ordem contratual, mas com a segurança de um direito real. Conforme entendimento de Teixeira, “a superfície ainda aqui traz vantagens, porque implica a transmissão da propriedade ao superficiário. Este promoverá acessões no imóvel, instalando construções e plantações, na certeza de que, sendo proprietário, poderá delas dispor, seja alienando-as seja gravando-lhes de garantia, como um penhor ou uma hipoteca”.¹⁷

Até o momento do registro, proprietário e superficiário só mantêm relações obrigacionais entre si. Com o advento do registro, passam a ter relação jurídica de natureza real, adquirem direitos e deveres recíprocos. Repartem-se os ônus e bônus em face da coisa, ora entre si, ora perante o Estado e a coletividade. O superficiário tem, como um de seus deveres, arcar com encargos e tributos incidentes sobre o imóvel, em acordo com os artigos 1371 do Código Civil e artigo 21, §3 do Estatuto da Cidade. Toda essa responsabilidade tributária é fracionada de forma proporcional à parcela de ocupação real do instrumento.

No artigo 21, §1º do Estatuto da Cidade, dispõe-se que “O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística”. Já o Código Civil, em seu artigo 1.369 parágrafo único, é mais restritivo, veja-se: “o direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão”. Assim, o superficiário não pode usufruir do subsolo alheio segundo o Código Civil, exceto se essa utilização for intrínseca ao próprio negócio. Como exemplo, a exploração do material “argila” na fabricação de tijolos em olarias. As partes devem ser claras e coerentes com relação ao pacto que firmarem.¹⁸

O direito de superfície, da órbita institucional, pode ser um ato gratuito ou oneroso, consoante forma como outorgantes e outorgados declaram, em cada espécie de negócio, unilateral ou bilateral. Pode ensejar doação, na qual o direito real se instaura gratuitamente,

de aquisição da propriedade plena pelo superficiário em caso de inoccorrência de indenização. Disponível em: <<http://sandrapires3.jusbrasil.com.br/artigos/121941292/>>. Acesso em: 14 out. 2017.

17. TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **O direito real de superfície**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1993, p. 93.

18. VENOSA, Sílvio. **Direito civil: direitos reais**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.393.

podendo-se, ao final, o proprietário que cedeu gratuitamente a superfície de seu imóvel compensar a gratuidade com a aquisição das acessões, que aderem ao imóvel na extinção da superfície sem qualquer tipo de indenização, salvo cláusula em contrário (art. 1375). Já ao se constituir um direito de superfície de modo oneroso, a forma de pagamento pode ser discutida se será à vista ou em parcelas, em acordo com o Código Civil. O Estatuto da Cidade expressa que o pagamento realizado poderá ser por prazo indeterminado, segundo seu artigo 21, caput.

A fraude na obrigação de pagamento pode ensejar ação de cobrança e extinção da concessão, sendo caracterizada como infração contratual. Caso haja dúvida sobre a forma de contrato, presume-se que seja oneroso, uma vez que se trata de fragmento significativo da propriedade que é cedido ao superficiário.¹⁹

Nas relações jurídicas de superfície, tanto o proprietário quanto o superficiário tem igualdade de condições no direito de preferência. Esse direito é recíproco, isto é, caso se aliene o objeto, o proprietário poderá querer adquirir a superfície e o superficiário, o domínio. Segundo o artigo 22 do Estatuto da Cidade, “em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros.”

O objetivo do legislador ao consagrar o direito de preferência ato é que a propriedade sobre a área e sobre as construções permaneça nas mãos de um titular apenas. Em linhas diretas o art. 518 do Código Civil estabelece que ao não conceder o direito de preferência, aquele que deixou de conceder responderá por perdas e danos, respondendo também o adquirente (de forma solidária) se agiu de má-fé. Essa modalidade de preferência restringe-se nas vendas *inter vivos*, e a título oneroso. O dispositivo não é possível de ser aplicado em transmissões por doação, *mortis causa*, nem em procedimentos judiciais, como decorrentes de execução, quando arrematação se dará em favor do sujeito que oferecer maior quantia pecuniária.²⁰

Assim como o direito de propriedade, o direito de superfície é um direito real transmissível, seja mediante alienação, seja através de sucessão. O superficiário pode, via testamento, atribuir a um legatário ou a seu herdeiro o direito real de superfície a que era titular. Na razão de evitar abusos, caso o superficiário transfira seu direito e o proprietário não queira exercer seu direito de preferência, o proprietário do solo não receberá nenhum valor a título monetário, devendo respeitar o direito real do novo adquirente. Assim, disciplina o art. 1372, §único, CC: “Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência.” É importante frisar que o contrato estipulado não pode obstar a sucessão *mortis causa*, haja vista a natureza do instituto.

Como causas para extinção do direito de superfície estão: o desaparecimento da coisa, o advento do termo final, e o descumprimento das obrigações contratuais assumidas

19. VENOSA, Sílvio. **Direito civil**: direitos reais. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 395

20. RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 877.

pelo superficiário, em acordo com o Estatuto da Cidade, artigos 23, I e II e 24, §1º. Se o contrato for estabelecido por prazo determinado, o advento do termo final pode levar à extinção do direito. Entretanto, no silêncio das partes, o contrato conferirá status por prazo indeterminado, como todos os direitos reais. É fundamental ressaltar esse critério, pois ocasionará reflexos com relação ao direito de preferência e à transferência da superfície a terceiros.²¹

Há exemplos em que o direito de superfície possa ser extinto por infração às cláusulas de contrato. São eles: dar ao terreno destinação diversa daquela que foi concedida e descumprimento do contrato em si, se tratando de obrigação, conforme artigo 23, inciso II e artigo 24, § 1º do Estatuto da Cidade. Pode-se anular igualmente a superfície, na hipótese de que o imóvel se encontre em situação de abandono e o superficiário consentir com sua deterioração.²² Isso se dá em face à necessidade de cumprimento da função social da propriedade urbana, que é um dever tanto do proprietário quanto do superficiário. Se ocorrerem outras situações, cada caso concreto será fruto de análise individual.

Nos dias atuais, ocorrem também algumas outras formas de extinção. Pode se manifestar de vontade expressa uma renúncia, com o propósito de não mais fazer uso do imóvel. Outro motivo seria uma confusão, em que uma única pessoa é possuidora do solo e da superfície de forma simultânea, situação mais inerente ao direito hereditário. Ainda, há a desapropriação. Nesta, verifica-se a transferência compulsória de bens particulares ao Poder Público, por razões de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, por intermédio de prévia e justa indenização em dinheiro ou títulos de dívida pública.²³ Caso o imóvel seja desapropriado, a indenização paga pelo Estado referente ao bem deve ser partilhada entre superficiário e proprietário, conforme o valor econômico de cada direito, segundo artigo 1376 do CC. Se as obras e benfeitorias couberem de forma integral ao superficiário, somente este receberá o tocante valor, sendo necessário que a apuração destes valores seja mediante prova material concreta.²⁴

3 I DIREITO DE SUPERFÍCIE E DIREITO DE LAJE

Com o fenômeno do êxodo rural, aceleração do crescimento urbanístico e a necessidade de sustentabilidade nas cidades, o direito de superfície veio para garantir o direito de acesso à moradia digna e promoção da paz social.

Por meio de uma evolução do direito de superfície, no Brasil, surgiu o direito de laje (por alguns doutrinadores, chamado de direito de sobrelevação ou direito de superfície em segundo grau). Trata-se de uma realidade social tipicamente brasileira, em que o proprietário e um particular instituem contrato referente ao andar ou andares superiores

21. VENOSA, Sílvio. **Direito civil**: direitos reais. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 396.

22. VENOSA, Sílvio. **Direito civil**: direitos reais. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 397.

23. RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 878-879.

24. PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 491.

a um imóvel. Nesse contrato, o titular do direito real de superfície aliena a um terceiro o direito de construção na laje de seu imóvel, ou seja, construa sobre a primeira propriedade separada superficiária. Logo, o primeiro superficiário torna-se, com relação ao segundo superficiário, cedente de um direito real de construir sobre coisa alheia. Seu exercício acarretará uma segunda propriedade separada de forma superficiária sobre a primeira.²⁵ Conforme entendimento de Letícia Marques Osório, “é o denominado direito de mais elevação ou de sobreedificação, que faculta ao superficiário a elevação da altura de seu prédio dentro dos limites estabelecidos pela legislação urbanística.”²⁶

Haverá três fases de propriedade: a do dono do solo, a do primeiro superficiário e a do segundo superficiário, respectivamente²⁷. Tanto poderá ser constituído pelo espaço aéreo quanto pelo subsolo de imóveis públicos ou privados (artigo 1.510-A, inciso I). Porém é importante ressaltar que este instrumento só poderá ser utilizado se estiver previsto no Plano Diretor da Cidade, já que é um instrumento de direito urbanístico. Em cidades com número de habitantes superior a vinte mil habitantes, bem como naqueles Municípios descritos no artigo 41 do Estatuto da Cidade, a Constituição Federal obriga a aprovação desse plano pela Câmara Municipal, em seu artigo 182.

No Código Civil vigente, o direito de laje fora inserido através da Lei nº 13.465, de 2017, alterando a redação do artigo 1225, para o qual foi inserido o inciso XIII. A mesma lei também disciplinou o direito de laje por meio de uma nova seção no livro sobre o direito das coisas, nos artigos 1510-A até 1510-E.

No artigo 1510-A, no direito de laje “o proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.” Nessa ótica, o direito de laje torna-se autônomo em relação ao direito de superfície. Ele ultrapassa o plano horizontal do imóvel, utilizando do caráter volumétrico e das diversas possibilidades de verticalização da propriedade, sem se confundir com o condomínio edilício, apesar de poder aproveitar algumas regras daquele instituto, desde que não incompatíveis (artigo 1510-C).

Sobre a regulamentação do direito de laje, devem ser observados os seguintes pontos: a) ele é positivamente de um direito real já preexistente, com vista à regularização fundiária de milhares de imóveis no Brasil; b) há uma abertura de matrícula de registro autônoma; c) representa uma fração do direito de superfície; d) é a expressão popular para a construção de novos pavimentos sem formalização do direito de superfície, algo comum em todas as regiões do país.²⁸

25. BELLUCCI, Raffaella Gatto. O direito de Laje e a problemática do Registro Imobiliário. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1386/1073>>. Acesso em: 25 set. 2017.

26. OSORIO, Letícia Marques. Direito de Superfície. In: OSORIO, Letícia Marques (Org.) **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 180.

27. RANGEL, Tauã Lima Verdan. Primeiras reflexões ao Direito de Laje: uma análise do Direito de Superfície em Segundo Grau. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.589064/>>. Acesso em: 09 out. 2017.

28. TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo

Em 14 de julho de 2017, ocorreu a primeira decisão inédita a reconhecer o Direito de Laje no Brasil²⁹. Rafael José de Menezes, juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca de Recife – Seção B do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, julgou duas ações de usucapião reunidas de forma conexa. Em resumo, o magistrado constatou que a casa da autora do processo (imóvel urbano de 461,47m², situado no bairro de Água Fria, em Recife) foi construída na superfície superior à do seu pai, de modo que a pretensão de aquisição da propriedade mais se associa ao direito de laje (previsto no art. 1.510-A do Código Civil) do que ao direito de usucapião (já que não corre prescrição aquisitiva entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar- artigo 197, inciso II). Houve um caso de cessão a favor da autora, em que o título deverá ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis, podendo o usucapiente usar, gozar e dispor de seu direito. Nas palavras do juiz,

Foi minha primeira decisão sobre o direito de laje, e ela surgiu numa reflexão com assessores e colegas sobre como dar o direito a um pai e a uma filha que moravam na mesma casa, só que ele embaixo e ela em cima, com seus respectivos cônjuges. Pensei em aplicar usucapião por condomínio, mas criaria embaraço para depois alienarem suas frações da casa, que tem acessos próprios, sendo depois comerciáveis independentemente em face do nosso déficit habitacional³⁰.

O direito de laje ou sobrelevação seria a possibilidade de construir sobre o edifício alheio, aproveitando-se da sobra ou “gabarito aéreo que ainda não foi totalmente aproveitado”, ou seja, do respectivo volume vertical acima do solo que ainda pode ser edificado (artigo 1.229 do Código Civil). Conforme Rodrigo Mazzei, relaciona-se com o direito de família, pois é plausível a admissão de respostas mais seguras a cônjuges e filhos. Há também casos de existência de um único bem imóvel e, na hora da partilha judicial, um dos (ex) cônjuges passa a construir sobre a laje, ao passo que o outro adquire para si a construção já edificada. São situações corriqueiras no mundo dos fatos, mas que não tinham ainda resposta adequada do ordenamento jurídico. Privilegiam-se com o recente direito de laje interesses próprios e das gerações existentes.³¹

II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

29. Trata-se de julgamento simultâneo das Ações de Usucapião nº 0027691-84.2013.8.17.0001, e nº 007137644.2013.8.17.0001, reunidas por força de conexão. BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. Juízo de Direito da 26ª Vara Cível de Recife- Seção B. Processos nº 0027691-84.2013.8.17.0001 e 007137644.2013.8.17.0001. Autores: JOSE CARLOS DA SILVA e LUZIANA PEREIRA DA SILVA; LADYANE CARLA DE ARAÚJO SILVA. Juiz de 1. grau: Rafael de Menezes. Recife, 14 de julho de 2017. Disponível em: [http://www.irib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/Senten%C3%A7a-Usucapi%C3%A3o-Extraordin%C3%A1rio-Procendente-Direito-de-laje\(2\).pdf](http://www.irib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/Senten%C3%A7a-Usucapi%C3%A3o-Extraordin%C3%A1rio-Procendente-Direito-de-laje(2).pdf). Acesso em 12 fev. 2018.

30. IRIB- Instituto de Registro Imobiliário do País. Direito de laje é reconhecido em ação de usucapião. Juiz de Direito de Pernambuco proclama a primeira sentença do país após a edição da Lei n. 13.465/2017. São Paulo, 17 ago. 2017. Disponível em <http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/direito-de-laje-e-reconhecido-em-acao-de-usucapiao-juiz-de-direito-de-pernambuco-proclama-a-primeira-sentenca-do-pais/>, Acesso em: 27 set. 2017.

31. MAZZEI, Rodrigo Reis. **O Direito de Superfície no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 406 f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040916.pdf>, Acesso em 12 dev. 2018. p. 353-354.

Atualmente, pode-se observar a possibilidade de regularização fundiária das favelas brasileiras a partir da positivação do direito de laje. O processo de favelização do país foi muito acentuado nas últimas décadas, sendo que muitas delas formaram característicos “guetos”, nos quais se aglomeram populações desfavorecidas em espaços de território reduzidos, assinalados por um aviltamento físico e social, em flagrante violação ao princípio da dignidade humana. E, no mesmo período, como contraste e de forma antagônica, despontaram os *gated communities* ou “condomínios fechados”, os quais se apresentam como sendo os autênticos “guetos dos ricos”.³²

Essa triste imagem estampa muitas capitais brasileiras. O Brasil vive à mercê das desigualdades sociais: de um lado, favelas ilustrando pobreza, desemprego e violência; de outro, bairros nobres e condomínios fechados exarando luxo e riqueza nas mãos de poucos.

Todos competem pelo mesmo espaço. Não obstante, políticas públicas de urbanização historicamente privilegiaram favorecidos, sendo que para fins de inclusão e minimização de desigualdade social, criminalidade e violência juntamente o contrário deveria ser feito, ou seja, os desfavorecidos deveriam ser abarcados pelas políticas públicas. Se fossem privilegiadas pelos investimentos públicos as favelas e guetos, ocorreria a correta urbanização e a concessão de instrumentos jurídicos para preservação da igualdade e proteção de direitos de proprietários e superficiário. Mas não foi o que se viu, historicamente, no Brasil. Assim, o direito de laje vem também como resposta a estas demandas por maior igualdade e justiça social nas cidades brasileiras, retirando da condição de “invisibilidade” que as favelas passaram perante o Direito.

Edificações em áreas nobres geralmente não são atingidas pelos efeitos do direito de laje, pois se tratam de obras planejadas segundo leis de ocupação de solo urbano (obedecem ao Plano Diretor e às normas vigentes sobre condomínio edilício); já as favelas, sofrem com a questão do “jeitinho brasileiro”, sem regularização, com construções improvisadas e precárias.

A regulamentação legal foi um importante passo, mas não basta, por si só. Exige-se do Poder Público uma atenção maior a possíveis soluções de interesse coletivo com relação a essa modalidade. O direito de laje ainda é desconhecido pela maioria das pessoas, e não recebe tratamento adequado pelo legislador municipal, responsável pela sua concretização. De nada adianta a lei federal dispor sobre o direito de laje, se não for acompanhada da competente regulamentação em âmbito municipal (art. 30, inciso I da Constituição Federal). Necessita-se de maior reflexão doutrinária, conhecimento dos operadores jurídicos e políticos, bem como aprimoramentos em âmbito municipal para a efetiva concretização do instituto “direito de laje”.

32. PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. **O direito de superfície, o “direito de laje” e o reflexo no direito urbanístico**. 67 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28587/1/O%20DIREITO%20DE%20SUPERFICIE.pdf>, acesso em 12 fev. 2018.

o direito de laje refere-se ao poder de disposição que o proprietário da construção tem sobre o espaço aéreo imediatamente superior à sua construção e que, pela cultura popular desenvolvida nas favelas, lhe pertence por direito. A laje, para o costume social praticado na favela, tem um importante papel nas atividades sociais e de lazer dos seus moradores. Uma vez que, normalmente, nas construções não existem áreas do solo destinadas ao lazer dos moradores, pois cada espaço do solo é aproveitado, a laje acaba desempenhando o papel de extensão da construção no que se refere às áreas de lazer e torna-se palco das reuniões sociais com as famílias e com os amigos nos finais de semana, do cultivo de plantas e dos mais diversos interesses dos moradores, sendo facultado a estes que vendam o direito sobre a laje, para que outra pessoa nela edifique sua moradia. Da relação proprietária da construção com a sua superfície no sentido horizontal, nasce na laje, além da extensão desta para uso e comodidade do proprietário, a apropriação do direito de laje, decorrente das relações com a família, pois com o surgimento de um novo grupo familiar, o pai ou a mãe cede o direito de laje, para que o filho, ou filha, edifique nela sua moradia. Analisando a questão das construções que possuem os moradores das favelas, em relação ao direito oficial, verifica-se que o seu direito sobre elas é um direito informal de superfície, pois o solo na grande maioria das situações pertence ao poder público, ou a outro particular, que muitas vezes nem eles próprios sabem quem é. O que realmente importa é a construção, portanto o direito que têm resume-se à construção. Assim compreendido, o direito de laje seria o direito sobre um outro direito (oficial ou não), sobre a superfície do solo que pode ser vendido, permutado, doado, enfim, objeto de todos os atos de disposição.³³

O direito de superfície possibilita aproveitamento de cada espaço do solo, subsolo e espaço aéreo, proliferando a oferta de moradias. A laje, por sua vez, é uma extensão do direito de superfície, e preenche de maneira ainda maior a função social da propriedade urbana, já que serve também para outras funções, inclusive de socialização com os moradores da comunidade. Dessa forma, assegura como nenhum outro instrumento jurídico o direito à moradia, cooperando com os princípios da função social da propriedade, da isonomia e da dignidade da pessoa humana. E a grande vantagem é que agora a laje foi recepcionada pelo direito oficial, já não está mais na informalidade. Cabe ao Poder Público municipal, e também aos cidadãos e associações de moradores, nas favelas, trazer para a legalidade sua posse, com a competente regularização fundiária de suas moradias.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o direito de superfície merece destaque nos dias atuais, uma vez que é um instituto realmente revolucionário quando se trata no aumento da oferta de moradias nas cidades brasileiras, para o devido cumprimento da função social da propriedade e da garantia de uma vida digna a um maior número de pessoas.

33. CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. O Direito de Superfície sob Nova Perspectiva. Âmbito Jurídico. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_%20artigos_leitura&artigo_id=2458, consultado em 12 fev. 2018.

O ordenamento jurídico busca a efetivação da preservação do solo urbano, mais diretamente relacionado à sua superfície. Logo, é possível perceber que a propriedade deixa de ser uma prerrogativa de direito subjetivo absoluto para ser produto de uma relação jurídica: o cumprimento de obrigações para com o proprietário e para com o superficiário, todos membros de um corpo social.

O direito de superfície possibilitou a concretização de benefícios sociais relevantes aos interessados, pois se trata de um instituto simples e de baixo custo. Adaptou-se às condições econômicas contemporâneas, haja vista que o próprio superficiário não tem obrigação de adquirir a propriedade do solo. Este pode plantar e construir por um período de tempo em terreno alheio e terá um direito real sobre as construções, o que dará a ambas as partes a segurança jurídica de um direito real.

As vantagens alcançam os dois partícipes: proprietário e superficiário. O proprietário cede parte do imóvel para investimento em construções ou para plantação de agricultores, bem como pecuaristas e, assim, faz com que a propriedade cumpra sua função social, atenda aos princípios de planejamento participativo e alavanque o setor de políticas urbanas, conforme o Estatuto da Cidade. Destarte, além gerar investimento para ambas as partes, exclui-se a ideia de inutilidade e paralisação do imóvel.

Dessa forma, desmembrando-se o direito real de propriedade e o direito real de superfície, que passam a conviver duas famílias no mesmo imóvel, duplicando-se, portanto, a possibilidade de moradias na cidade, bem como se possibilita àquele proprietário que não tem condições ou interesse de construir, de transferir ao superficiário este dever, podendo ainda ser remunerado por isso, no caso da superfície onerosa. E o poder público, por sua vez, pode dar uma destinação social a imóveis desocupados, por vezes em decorrência dos inúmeros entraves do regime jurídico-administrativo brasileiro. Nas palavras de Pereira, “percebe-se que os proprietários deverão dar um direcionamento social à propriedade em prol do bem-estar coletivo, na busca da qualidade de vida para os habitantes locais”.³⁴

Por sua vez, o direito de laje, relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, proliferou ainda mais as possibilidades de pluralização da moradia, eis que possibilitou a inserção de mais um superficiário sobre o terreno, aumentando o número de moradias em um só espaço físico. Trata-se de uma alternativa de regularização fundiária para a realidade brasileira, que convive com o contraste entre a cidade formal e a informal, as favelas e os chamados “guetos” (cortiços e habitações irregulares).

A ampla discussão sobre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua relação com o direito de superfície explicitou que todos são iguais em direitos e deveres, todos tem a mesma dignidade e são titulares dos mesmos direitos fundamentais e, portanto, recebem o mesmo amparo do direito à moradia digna, capaz de suprir todas as necessidades básicas de qualquer ser humano, independentemente de seu lugar de situação.

34. PEREIRA, Luís Portella. **A função social da propriedade urbana**. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 36.

O Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade não corrigiram, sozinhos, todas as imperfeições sociais decorrentes de anos de informalidade e desdém com as favelas brasileiras. Mas abriram o caminho para solucionar o grave problema de regularização fundiária, da falta de moradias convivendo com terrenos ociosos de caráter meramente especulativo, que a história brasileira sempre desconsiderou. O direito de laje é mais um importante passo neste trajeto rumo a uma vida mais digna a todos, sem distinções.

Mas de nada adiantam apenas mecanismos jurídicos formais, se eles não se tornarem realidade nas cidades brasileiras. E para que isso ocorra será necessário não apenas conhecimento dos operadores jurídicos e políticos sobre o tema, mas também uma enorme pressão popular, em especial dos movimentos pró moradia, para que tais institutos jurídicos sejam efetivamente aplicados em âmbito local.

REFERÊNCIAS

BELLUCCI, Raffaella Gatto. O direito de Laje e a problemática do Registro Imobiliário. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1386/1073/>. Acesso em: 25 set. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. Juízo de Direito da 26ª Vara Cível de Recife- Seção B. Processos nº 0027691-84.2013.8.17.0001 e 0071376- 44.2013.8.17.0001. Recife, 14 de julho de 2017. Disponível em: [http://www.trib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/Senten%C3%A7a-Usucapi%C3%A3o-Extraordin%C3%A1rio-Procendente-Direito-de-laje\(2\).pdf](http://www.trib.org.br/app/webroot/files/downloads/files/Senten%C3%A7a-Usucapi%C3%A3o-Extraordin%C3%A1rio-Procendente-Direito-de-laje(2).pdf). Acesso em 12 fev. 2018.

CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. O Direito de Superfície sob Nova Perspectiva. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_%20artigos_leitura&artigo_id=2458, consultado em 12 fev. 2018.

CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. O Direito de Superfície sob Nova Perspectiva. Âmbito Jurídico. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_%20artigos_leitura&artigo_id=2458, consultado em 12 fev. 2018.

FERRARO, Valkiria Lopes. Direito de Superfície: um paralelo entre o Estatuto da Cidade e o novo Código Civil. **Revista Jurídica da UniFil**, ano II, nº2, p. 136. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-8.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

IRIB- Instituto de Registo Imobiliário do País. Direito de laje é reconhecido em ação de usucapião. Juiz de Direito de Pernambuco proclama a primeira sentença do país após a edição da Lei n. 13.465/2017. São Paulo, 17 ago. 2017. Disponível em <http://www.trib.org.br/noticias/detalhes/direito-de-laje-e-reconhecido-em-acao-de-usucapiao-juiz-de-direito-de-pernambuco-proclama-a-primeira-sentenca-do-pais/>, Acesso em: 27 set. 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de direito urbanístico**. Imprensa: Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **O Direito de Superfície no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 406 f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040916.pdf>.

OSORIO, Letícia Marques. Direito de Superfície. In: OSORIO, Letícia Marques (Org.) **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. **O direito de superfície, o “direito de laje” e o reflexo no direito urbanístico**. 67 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28587/1/O%20DIREITO%20DE%20SUPERFICIE.pdf>, acesso em 12 fev. 2018.

PEREIRA, Luís Portella. **A função social da propriedade urbana**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PIRES, Sandra. O direito real de superfície entre particulares no Código Civil Brasileiro: a extinção como modo de aquisição da propriedade plena pelo superficiário em caso de inocorrência de indenização. Disponível em: [http:// sandrapires3.jusbrasil.com.br/artigos/121941292/](http://sandrapires3.jusbrasil.com.br/artigos/121941292/). Acesso em: 14 out. 2017.

POLETTI, Sadi; SANTIN, Janaína Rigo; BETTINELLI, Luiz Antonio. Dilemas do Enfrentamento da Morte de Pacientes Idosos. *Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais*, v. 12, 2.ed., 2012. Disponível em: <https://revista.pgsskroton.com/index.php/juridicas/article/view/716>. Acesso em 14 jul. 2020.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Primeiras reflexões ao Direito de Laje: uma análise do Direito de Superfície em Segundo Grau. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.589064/>. Acesso em: 09 out. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI**: novos desafios da cidadania e do Poder Local. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

SANTIN, Janaina Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Direito Urbanístico e Estatutos das Cidades. **Revista de Direito Imobiliário**, ano 30, v. 63, 2011. pp. 38-52.

SANTIN, Janaina Rigo. Poder Local e Gestão Democrática Municipal: uma análise a partir da teoria do discurso em Jürgen Habermas. HERMANY, Ricardo (Org.). **Empoderamento Social Local**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

SANTIN, Janaína Rigo; MENEGAZ, Jean Carlos Bittencourt. Pacto federativo e autonomia legislativa municipal. **História: Debates e Tendências**, v. 15, n. 1, jan./jun. 2015, pp. 101-113.

SANTOS, José Augusto Lourenço dos *et.al.* Direito de Superfície: um paralelo entre o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. v. 1, n. 3. Ipatinga, 2012. pp. 3-22. Disponível em: <http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/109/pdf/>. Acesso em: 12 fev. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAULE JR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **O direito real de superfície**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio. **Direito civil: direitos reais**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

A POSIÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE A QUESTÃO AGRÁRIA: UM ESTUDO SOBRE A VIOLENTA ORDEM DE DESPEJO DO CENTRO DE FORMAÇÃO PAULO FREIRE EM NORMÂNDIA EM CARUARU-PE

Data de aceite: 01/10/2020

Data de submissão: 06/07/2020

Aphonsus Aureliano Sales da Cunha

ASCES-UNITA;

Caruaru-PE;

<http://lattes.cnpq.br/0354504246919921>

Elba Ravane Alves Amorim

Universidade Federal de Pernambuco,

ASCES-UNITA, ICPP;

Caruaru-PE;

<http://lattes.cnpq.br/6495544715832267>

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo geral discutir os elementos políticos, jurídicos, sociais e filosóficos acerca das motivações do INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, acionar a Justiça Federal, com o fito de injustamente, desocupar, por meio de uma Ordem Judicial de Despejo, do Centro de Formação Paulo Freire pessoa jurídica denominada de Associação do Centro de Capacitação Paulo Freire - ACCPF, localizado na conhecida popularmente Fazenda Normandia área de assentamento do MST, no município de Caruaru-PE, um dos mais organizados e importantes assentamentos ligados ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. Foram objetivos específicos: 1. Sistematizar dados qualitativos, acerca da disputa judicial pela desocupação do Centro de Formação Paulo Freire, em Caruaru, partindo dos pressupostos subjetivos, da participação democrática e social,

da referida decisão judicial. 2. Refletir os efeitos mediatos da injusta decisão judicial que outrora determinara a desocupação. 3. Estudar os efeitos da desobediência civil na arena política e jurídica e 4. Analisar a função social e democrática do Movimento Social e sua integração ao direito achado na rua.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Agrária, Centro de Formação Paulo Freire, Movimentos Sociais, Desobediência Civil, Direito achado na rua.

THE LEGAL-POLITICAL POSITION OF JUDICIAL POWER ON THE AGRARIAN ISSUE: A STUDY ON THE VIOLENT ORDER OF EVICTION OF THE PAULO FREIRE TRAINING CENTER IN NORMANDY IN CARUARU-PE

ABSTRACT: The general objective of this article is to discuss the political, legal, social and philosophical elements about the motivations of INCRA - National Institute of Colonization and Agrarian Reform, to sue the Federal Justice, with the aim of unfairly, vacating, through a Judicial Eviction Order, from the Paulo Freire Training Center legal entity called the Association of the Paulo Freire Training Center - ACCPF, located in the popularly known Normandy Farm settlement area of the MST, in the municipality of Caruaru-PE, one of the most organized and importante settlements linked to the Landless Rural Workers Movement. The specific objectives were: 1. To systematize qualitative data about the legal dispute over the eviction of the Paulo Freire Training Center, in Caruaru, based on the subjective assumptions, democratic and social participation, of the referred judicial decision. 2.

Reflect the mediating effects of the unjust judicial decision that once determined the eviction. 3. Study the effects of civil disobedience in the political and legal arena and 4. Analyze the social and democratic function of the Social Movement and its integration with the right found on the street.

KEYWORDS: Agrarian Reform, Paulo Freire Training Center, Social movements, Civil Disobedience, Found right on the street.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como problema de pesquisa, a análise da decisão judicial que determinou a desocupação do Centro de Formação Paulo Freire representa uma ofensiva violenta contra o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, e famílias organizadas no movimento que vivem no Assentamento Normandia, em Caruaru, onde o movimento em articulação com diversos movimentos nacionais e internacionais mantém o Centro de Formação Paulo Freire, desde então sendo iniciada uma luta pela afirmação de direitos e pelo reconhecimento do MST em fazer valer a tão quimérica reforma agrária no Brasil, numa luta que envolve inclusive, o fim da desigualdade social nos espaços sociais brasileiros.

Nesses moldes, deve ser suscitado a Centro de Formação Paulo Freire participação democrática nos Movimentos Sociais pela reforma agrária, considerando sua coligação ao direito achado na rua e seus desafios de elaboração, defronte aos entes políticos desintegradores de tais ações, sobretudo aqueles que mascaram dentro do ideal da própria noção de Reforma Agrária.

A luta contra essa injusta decisão judicial, foi digna de uma desobediência que marcou o embate judicial tocado por órgãos administrativos deturpados pelos males ideologização que macula e malogram os intentos pela luta contra as desigualdades sociais, seja no campo ou na cidade.

Sendo assim o trabalho foi produzido por quem acompanhou essa luta e pôde abordar os impactos da reação de toda essa injustiça que cujo sistemas do estado marginalizam um Movimento Social, que luta e faz valer o direito constitucional de proceder numa plena reforma agrária no território brasileiro.

A pesquisa apresentada teve como **Objetivo Geral:** Discutir os elementos políticos, jurídicos, sociais e filosóficos acerca das motivações do INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, acionar a Justiça Federal, com o fito de injustamente, desocupar, por meio de uma Ordem Judicial de Despejo, do Centro de Formação Paulo Freire pessoa jurídica denominada de Associação do Centro de Capacitação Paulo Freire – ACCPF.

Foram **objetivos específicos:**

1. Sistematizar dados qualitativos, acerca da disputa judicial pela desocupação do Centro de Formação Paulo Freire, em Caruaru, partindo dos pressupostos

subjetivos, da participação democrática e social, da referida decisão judicial.

2. Refletir os efeitos mediatos da injusta decisão judicial que outrora determinara a desocupação.
3. Estudar os efeitos da desobediência civil na arena política e jurídica e
4. Analisar a função social e democrática do Movimento Social e sua integração ao direito achado na rua.

No desenvolvimento da pesquisa foram utilizadas pesquisas bibliográficas e documental, especificamente os documentos da decisão judicial, na qual empregou-se a técnica de análise de conteúdo, para compreensão do objeto de pesquisa desse estudo. Partiu-se então das seguintes categorias teóricas: Reforma Agrária, Movimento Social e Desobediência Civil e da categoria empírica: Centro de Formação Paulo Freire, Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra e Ordem de Despejo.

2 | ANÁLISE TEÓRICA

2.1 Ideias exordiais à Reforma Agrária

Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra. (HOLANDA, 1982, p. 31.).

A reforma agrária teve surgimento, na sociedade política romana, por volta da época em que, experimentaram o regime republicano. Assim como as grandes inovações à propedêutica do direito civil, o direito romano influenciou no surgimento de políticas que possibilitam a justa divisão de terras para produção agrícola, essas reformas, conduzidas pelo tribuno do povo, Tibério Graco, que visava conduzir a questão agrária com pauta popular ao povo romano (BEARD, 2017, p. 218.).

Consideradas radicais, as reformas de Graco, propostas por volta de 134 a.c., não foram aceitas pelos políticos tradicionais romanos - sobretudo por entrarem em colisão em grande parte com às previsões legais romanas -, e o fim dessa quimera, fora não outra, senão pela encomendada morte de Tibério Graco e de alguns dos integrantes do seu grupo político. Não findadas as possibilidades de uma reforma agrária, essa, foi trazida à tona, quase uma década depois, pelo irmão de Tibério, Caio Graco, que, seguindo o exemplo do irmão, apresentou uma legislação que prezava pela elaboração de uma ainda mais radical e justa, divisão agrícola, na jurisdição do território romano. Contudo a pretensão do irmão, Caio Graco para implementação da reforma agrária romana, foram maculadas, da mesma forma de quando seu irmão a idealizou, com a morte de Caio e seu grupo político. Malgrados, as infrutíferas tentativas de estabelecimento de uma reforma agrária no território romano, os irmãos gracos conseguiram semear a ideia da necessidade de reforma agrária,

os adeptos dessa tentativa de justa divisão de terras entraram em violentos conflitos, com a presença de inconstantes guerras que se estabeleceram pela civilidade romana. (BEARD, 2017, p. 218.).

No Brasil, suscitaram o tema, durante o período imperial, com a Lei de Terras, datada de 1850, cuja matéria, visava atender diretamente aos lavradores pobres, sendo moduladas pelo próprio governo, há época, para organizar a propriedade privada em torno de seus efeitos, visando atender uma transformação socioeconômica que em tese, incitaria o progresso da nação. Apesar dos desideratos em torno dessa iniciativa de matéria substancialmente agrária, o próprio governo esbarrou em suas ineficiências, sobretudo com o uso arduo de políticos que, agindo em consonância com latifundiários, não satisfizeram suas vontades, com esse estatuto. (SILVA, 2015).

O tema da reforma agrária no Brasil foi objeto de estudo das importantes análises de Caio Prado Jr., um dos mais importantes teóricos brasileiros, integrante do grupo conhecido como, os intérpretes do Brasil - diversos outros autores desse grupo contribuíram com o estudo bibliográfico realizado nesse artigo -. Assim que abertas as discussões sobre o tema, em seu livro, *A questão agrária*, Caio Prado Jr. aventa a seguinte proposição:

[...] mais de metade da população **desse nosso** País, dependem necessariamente para sei – uma vez que não lhes é dada outra alternativa, nem ela é possível nas atuais condições do País – da utilização da terra. Doutro lado, por força da grande concentração da propriedade fundiária que caracteriza a economia agrária brasileira, bem como das demais circunstâncias econômicas, sociais e políticas que direta ou indiretamente derivam de tal concentração, a utilização da terra se faz predominantemente e de maneira acentuada, em benefício de uma reduzida minoria. Decorrem daí os ínfimos padrões de existência daquela considerável parcela da população brasileira – padrões materiais, e como consequência, também culturais –. (*com grifo nosso*). (PRADO JR. Caio. 1979, p. 15).

Avaliando essas considerações sobre o tema, entende-se, que a adesão de uma justa reforma agrária, traz consequências positivas diretas, a grande parcela do povo brasileira, destarte, suscitando um desenvolvimento social sustentável, com a adesão de diversas outras práticas na agricultura, com supedâneo em uma economia solidária e justa.

De tal modo, percebe-se que, tanto na exordial reforma agrária proposta pelos irmãos Graco, na Roma antiga, quanto no caso brasileiro, concernente à Lei de Terras de 1850, versaram sobre a elaboração de leis que buscassem arrefecer a injusta divisão de terras, moldando um eficiente quesito à alternativa de se reduzir as desigualdades sociais, assim como Caio Prado Jr. incutiu, contudo, essas propostas esbarraram na ganância de políticos tradicionalistas que tinham o escopo exclusivo de atender aos interesses escusos de grandes latifundiários, valendo ainda atentar-se, que esse padrão encontra repetência ao longo de todo o limiar da história. A colonização inicia no Brasil uma experiência com a terra que é demarcada pela expropriação de quem garante a função social dela e violência

por parte dos intermediadores da relação de dominação-exploração, a força repressiva do Estado e a força sanguínea do latifúndio, estruturas de poder político e econômico que mantém aliança até os dias atuais.

Em que pese a pressão dos movimentos durante a Assembleia Nacional Constituinte para assegurar que na Constituição Federal de 1988, a inclusão de um arcabouço normativo que estabelece a necessidade da propriedade cumprir com a função social (Artigo 5º, XXI) e um capítulo destinado para Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, o latifúndio continua sendo a base das desigualdades sociais no Brasil e os governos permanecem omissos ou usando da força para impedi-la como ocorre com o caso da Ordem de Despejo aqui analisada. Caio Prado Júnior já observa que:

[...] por força da grande concentração da propriedade fundiária que caracteriza a economia agrária brasileira, bem como das demais circunstâncias econômicas, sociais e políticas que direta ou indiretamente derivam de tal concentração, a utilização da terra se faz predominantemente e de maneira acentuada, em benefício de uma reduzida minoria. Decorrem daí os ínfimos padrões de existência daquela considerável parcela da população brasileira – padrões materiais, e como consequência, também culturais –. (PRADO JR. 1979, p. 15).

A luta pela reforma agrária no Brasil, tem o desafio de mobilizar, organizar e conscientizar os trabalhadores que são alijados de seus direitos e submetidos a um processo de alienação política. Observa Paulo Freire (1997, p. 21)”. “[...] A sua aderência ao opressor não lhes possibilita a consciência de si como pessoa, nem a consciência de classe oprimida. Desta forma, por exemplo, querem a **reforma agrária**.”

Nesse sentido, o Centro de Formação Paulo Freire, em Normandia, visa atender aos ideais plurais construindo através da formação política as bases para um outro projeto de sociedade sem desigualdade social, fazendo valer o direito constitucional à reforma agrária. A luta do MST, organizando trabalhadores e trabalhadoras para resistir e garantir função social naquele território que conta com 20 anos de história, com criação no ano de 1999, cuja constituição, deu-se com a entidade jurídica chamada Associação Centro de Capacitação Paulo Freire.

2.2 Histórico de Lutas do MST

Conforme os insucessos obtidos quanto à propositura de uma legislação agrária que visasse a justa distribuição de terras, a fim de atender ao corolário social, acabaram por surgirem movimentos sociais sobre essa matéria, visando a realização da planejada reforma agrária, sob à égide do que podemos considerar reivindicação de um direito real à ocupação.

Os cinco séculos que engendraram a atual conjuntura agrária no país, que sobrevive diante das constantes lutas do povo camponês sofredor violências estrutural para permanecer na prática da lavoura - perpassada pelos seus ascendentes -, revela a

necessidade de unir-se a movimentos sociais que elucidam e dão diretrizes polidas pela luta da terra.

Destarte, a ausência de movimentos que organizam a classe agricultora, acaba-se por gerar uma anomia no campo, surgindo famílias desabrigadas à toda sorte em acampamentos à beira de estradas, ou em áreas de iminente risco. Tais dissabores exortam a criação de grupos em busca de terra para fincar-se e prosseguir às suas atividades na lavoura; ocorrendo-se assim, um grande contingente de famílias que optam por viver como meeiras e arrendatárias de latifundiários, quiçá, podendo derivar hipóteses mais lastimáveis que seria o êxodo rural às cidades, na ilusória tentativa de buscar atividades laborais que nem sempre adequar-se-ão às suas idiossincrasias, esse fato, acabou integrando “[...] processos de remodelação do território essenciais às produções hegemônicas, que necessitam desse novo meio geográfico para sua realização” (SANTOS, 1994, p.35/36.).

Portanto, desde o fim da década de 1940 e início dos anos de 1950, as revoltas do povo camponês começou a ganhar expressão, mormente com o surgimento de movimentos efêmeros – que por sua vez não anula a expressividade, visto que estes não lograram devido seu caráter isolado; tendo também, como existência um curto período de intensos conflitos. Os conflitos geraram um quadro de mortes elevado de agricultores e agricultoras, e a perseguição de partidos políticos que levantam à causa agrária; como também, vitórias que representaram símbolo de resistência, rechaçando a hegemonia dos grileiros. *v.g.* o Conflito de Porecatu (1946 – 1951) e a Revolta de Trombas e Formoso (1950 – 1957)¹. Nesta mesma época, surgiu a ULTAB - União de Lavradores e Trabalhadores Agrícolas do Brasil (1954 - 1962) que originou-se como associação devido a proibição de sindicatos; apenas no ano de 1962 surgiu os Sindicatos de Trabalhadores Rurais (STRs) conquistando o direito de organizar-se com bases municipais, sendo imprescindível juntamente com a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) que constitui uma estrutura sindical verticalista em nível nacional, até os dias atuais (STEDILE, 2005).

Contudo, as Ligas Camponesas foi um destes movimentos que consolidou-se em meados de 1954 no Engenho Galiléia, em Vitória de Santo Antão, Pernambuco, na famigerada exploração que inflamara os lavradores arrendatários pela impossibilidade de pagar os respectivos valores das parcelas de aluguéis da terra. Os camponeses concentrados naquela região criaram uma associação que tinha como escopo a busca pela melhoria de vida: a Sociedade Agrícola de Plantadores e Pecuáristas de Pernambuco (SAPPP). Tal feito levou aos agricultores a criar um fundo funerário e a fundação de uma escola, priorizando a educação como ponto exordial para o enriquecimento intelectual do

1. Conflito de Porecatu, conhecido também como a Revolta de Quebra Milho, ocorreu na região sudoeste de São Paulo, na confluência dos rios Paraná e Paranapanema. O conflito originou-se entre a resistência de posseiros – que tinham como desiderato a distribuição de terras -, ante os fazendeiros que se diziam donos dos latifúndios. A guerra sucedeu-se na derrota dos posseiros. / A Revolta de Trombas e Formoso foi um movimento ocorrido no norte do Estado de Goiás. A luta armada entre camponeses sem terra e grileiros. Apesar destes terem suporte do estado, os camponeses tiveram êxito; considerado como um dos maiores conflitos de importância política e social. Encontrado em: <<https://revistas.ufrp.br/campos/article/view/41207>> <<http://nucleopiratininga.org.br/a-revolta-de-porecatu-parana-1946-1951/>>.

povo que vivia fraturado na intensa labuta. O Movimento foi visto com desconfiança pelos fazendeiros locais e pelo dono do engenho, ocorrendo direto confronto com os interesses dos latifundiários que organizaram forças para interditar quaisquer atividades da SAPP; posicionando-se os camponeses a procurarem respaldo político e jurídico nas capitais como baluarte às arbitrariedades hidrófobas dos fazendeiros; encontrando no Recife o advogado Francisco Julião Arruda de Paula, que com êxito logrou a desapropriação do Engenho, ganhando notoriedade, e repercutindo com as extensões do movimento em vários estados do Brasil como a Paraíba e Paraná. Fortalecendo a crença dos latifundiários de que a constituição desta associação seria uma continuação das Ligas Camponesas da década passada (STEDILE, 2005).

Na ponte política entre Paraíba e Pernambuco viveu três das maiores lideranças que a luta do campo já teve, Elizabeth Teixeira e João Pedro Teixeira, e Margarida Alves. Elizabeth Teixeira e João Pedro Teixeira eram casados e tiveram suas vidas marcadas pelas mais cruéis violências que se engendra nessa sociedade estruturada a partir do latifúndio, do racismo e do machismo. João Pedro Teixeira era um trabalhador negro e o pai de Elizabeth Teixeira um proprietário de terras que não satisfeito com a união entre os dois e com a capacidade mobilizadora de João Pedro e Elizabeth Teixeira de liderar o movimento de organização e luta dos trabalhadores da Paraíba colaborou de forma significativa para o assassinato do genro, o Cabra Mercado para Morrer como ficou conhecido pelo filme de Eduardo Coutinho. Elizabeth Teixeira sobreviveu a perseguição mas viveu na clandestinidade e longe dos filhos que sobreviveram. Uma filha não suportando o assassinato do pai, suicidou-se, um de seus filhos com apenas 10 anos de idade sofreu um atentado de latifundiários, um tiro na cabeça e sobreviveu, com perseguição Elizabeth passou a viver na clandestinidade como o nome de Marta e conseguiu levar apenas um filho consigo, os outros foram criados por parentes, um deles pelo avo, a criação marcada pelo ódio e negação da história política do pai assassinado e da mãe perseguida pelo política, assassinou o próprio irmão. Em todas as entrevistas, audiências e atos políticos, pois, hoje aos 95 anos ela continua na luta, Elizabeth Teixeira que somente reencontrou todos os filhos e filhas vivos nos anos 2000, nomina o seu inimigo, não é pessoal, é uma estrutura de poder político e econômica, o latifúndio. Ao ser indagada sobre o que deseja, ela responde a reforma agrária e destaca: “Tudo que eu fazia era em protesto contra o assassinato do meu marido e em protesto contra a violência no campo” (MENDES, 2011, p. 21).

Outra figura emblemática na luta em defesa do trabalhador e trabalhadora do campo foi a sindicalista Margarida Alves que começou a trabalhar na roça aos 08 anos de idade, dedicou-se a luta sindical e dirigiu os trabalhadores e trabalhadoras do campo de Alagoa Grande na Paraíba por 12 anos, Paraíba que ficou conhecida pela resistência de Margarida e outras lideranças, mas também pelo Grupo da Várzea, que reunia latifundiários, usineiros, família poderosas economicamente e politicamente que aterrorizava os/as camponeses

(FERREIRA, 2010). Margarida Alves foi ameaçada por diversas vezes, respondia “Da luta não fujo” “Prefiro morrer na luta do que morrer de fome”. Foi assassinada na sua casa, a mando de usineiros, em 12 de agosto de 1983, no município de Alagoa Grande –PE. Seu assassinato desencadeou uma série de processos de resistência contra o latifúndio e o patriarcado que mata trabalhadoras organizadas politicamente, dentre os processos de resistência da luta no campo ficou conhecida a Marcha das Margaridas realizada periodicamente, mulheres trabalhadoras do campo de todo Brasil marcham até Brasília para reivindicar reforma agrária e condições dignas de vida no campo.

Doravante, no Estado do Rio Grande do Sul nascera outro movimento, porém, este estava vinculado ao Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), o Movimento dos Agricultores Sem Terra (MASTER) que fora importante para pressionar o governo estadual para a realização de assentamentos; esteve sob a liderança do líder político Leonel Brizola, até ser perseguido com o golpe de 1964, e o movimento sendo posto na ilegalidade, desvanecendo-o. Segundo João Pedro Stédile (2005, p.17) “A decadência do Master começou quando Leonel Brizola saiu do governo em janeiro de 1963, e porque ele não conseguiu se constituir como movimento social autônomo”.

O itinerário fulgurante construído pelos movimentos camponeses, foram sufocados e postos no limbo pelo golpe militar de 1 de abril de 1964, que pôs o então presidente João Goulart em degredo, juntamente com a quimérica aspiração da realização das reformas de base. Esta supressão autenticou-se anos mais tarde no combustível para a criação de outros órgãos que traziam em seu âmago um caráter heterogêneo, como por exemplo a Comissão Pastoral da Terra (CPT), um organismo da Conferência Nacional dos Bispos (CNBB) que surgiu em 1975, tendo um caráter “macroecumênico”, aglutinando não tão apenas esferas da própria igreja católica, mas também, searas de outras vertentes religiosas, entre elas a luterana, que teve grande importância nesta simbiose. A CPT, queria pôr em práxis os ensinamentos teóricos do Concílio Vaticano II, e os métodos marxistas de compreensão social. Em suma, colocava em caso concreto a Teologia da Libertação; servindo-se de um organismo imprescindível para atenuar os conflitos da terra e incentivar o camponês a compreender as vicissitudes terrenas, não abjurando-se da busca pelo seu pedaço de terra, em nome de um conformismo, que acabava-se por legitimar a ação deliberada e arbitrária dos latifundiários.

Nesse sentido, quanto ao histórico de participação social do MST, o professor Caetano D’Carli (2014, p.7), destacou:

No caso brasileiro, a reforma agrária se consolidou numa pauta proposta por movimentos campesinos, católicos progressistas, técnicos de governo e também pela ala conservadora da Igreja Católica, pela Aliança Nacional pelo Progresso e pela própria cúpula decisória do regime militar. Na década de 1980, com o surgimento e a expansão do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) a todo território nacional, bem como de uma série de movimentos sociais urbanos e rurais, o projeto de reforma agrária ganhou

outros contornos, em torno de uma agenda política da esquerda brasileira, que incluiu o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza sobre horizontes pós-capitalistas.

Dessa forma, a sociedade brasileira histórica viveu imersa na desigualdade social e na luta contra essa desigualdade, nesses moldes, a luta pela igualdade na posse de terras dentro de uma colônia agrícola, como o Brasil, nessa mesma sociedade, que despiu-se tão tardiamente da escravidão, seria mais do que necessário a doção de Movimentos Sociais, com base nas noções básicas do Direito Achado na Rua, para executar de vez a desigualdade em torno da posse de terras no Brasil (MOLINA; SOUSA JÚNIOR; TOURINHO NETO, 2002).

2.3 Aspectos Políticos e Filosóficos acerca da Decisão Judicial

É nesse contexto filosófico, que o pensamento habermasiano se amolda, em certo na construção de sociedade comunicativa, a qual, advém de uma noção dialética, em que abre-se a oportunidade para um amplo debate em um plano deliberativo, os quais legitimam um espaço democrático. Essas deliberações por si só serão possíveis a partir de um campo de validade onde seriam empregados os métodos da dialética hegeliana, cujas faces da verdade revelarão um tomada de decisão pautada na racionalidade do discurso, tendo como corolário, a sobriedade das decisões numa democracia válida e plena no campo da factualidade (VITALE, 2006). A autora observa que:

A legitimidade democrática exige que o processo de tomada de decisões políticas ocorra a partir de uma ampla discussão pública, em que os participantes possam cuidadosa e racionalmente debater a respeito dos diversos argumentos apresentados, para somente então decidir. Assim, o caráter deliberativo corresponde a um processo coletivo de ponderação e análise, permeado pelo discurso, que antecede a decisão.(VITALE, 2006, p. 555.)

Desse modo, é fundamental o advento da democratização dos sentidos populares, acrescidos a participação política na fórmula de um agir comunicativo com base na racionalidade discursiva (HABERMAS, 2003).

Boaventura de Sousa Santos (2002) considera que a originalidade dos movimentos está na diversidade de objetivos. A política para os movimentos sociais está para além do Estado, reivindicam que o exercício da cidadania ocorra através da participação efetiva, exige uma nova cultura política.

Com base nesta abordagem, Varella (2002) propõe a seguinte discussão quanto ao espaço político de criação do MST na sociedade brasileira:

A sociedade brasileira parece compreender melhor a realidade em que vive, as desigualdades sociais, a possibilidade de mudar o cenário jurídico-político-normativo e aprofundar mudanças. O nível de aprovação das ocupações do MST passa a predominar, chegando a uma proporção de excelência (VARELLA, 2002, p. 162).

Neste diapasão, um movimento que carrega tanta história, foi injustamente abalada quando o INCRA solicitou a Justiça Federal, que acatou o pedido, por meio de decisão judicial da 24ª Vara Federal de Caruaru, a qual ordenou o despejo voluntário e em caso de contrariedade, poderia fazer uso da força policial.

Sendo assim, a desobediência civil, apenas é uma reação democrática à uma injusta agressão, perpetrada pela cúpula jurídica dos operadores do direito, neste sentido, aventa Marilena Chauí: “Os obstáculos à democracia não inviabilizam a sociedade democrática. Pelo contrário. Somente nela somos capazes de perceber tais obstáculos e lutas contra eles.” (CHAUI, 2002, p. 338). A análise de Marilena Chauí se dá sob a perspectiva da luta pela repressão ao direito que os movimentos sociais pela reforma agrária buscam conquistar, sob de um direito achado na rua, crescente pelos ideais de desobediência civil no contexto democrático brasileiro.

2.4 Desobediência Civil Legítima, Direito achado na Rua e Movimento Social pela Reforma Agrária

No limiar dessas injustas ações, foi incurso pelo MST, uma desobediência civil, bem aos modos legítimos, como formulou Henry David Thoreau, alertando que para a plena liberdade de agir, precisar-se-iam despir a sociedade das formas soberanas de um governo, para assim, proceder na conquista de direitos e liberdade. (THOREAU, 1997).

A desobediência civil em solidariedade ao MST e exercida por diversos movimentos e ativistas que estiveram no acampamento da resistência até cessar a ordem de despejo, ao longo dos dias posteriores a decisão judicial, foram validas, pois o TRF-5, suspendeu a desocupação, trazendo a todo esse processo, uma maior equiparação a justiça, fazendo valer a luta, que não cessará enquanto o MST não conquistar seu pleno direito de reforma agrária e enquanto o INCRA não se despir de seu instinto patológico, indo de encontro ao que deveria ser a real luta deste órgão.

A resistência, ocorreu através do acampamento no Centro Paulo Freire, mais de 1400 pessoas de diversos movimentos estiveram acampadas por dias, para se contrapor a decisão judicial de despejo, o MST contou com a solidariedade de diversos movimentos, pois, é um dos movimentos sociais no Brasil, que mais contribuiu para a visibilidade de novos atores e atrizes sociais, sujeitos que tem disputado um outro projeto de democracia, radical e não liberal. Segundo Boaventura de Sousa Santos (2002) democracia participativa está ligada aos processos de democratização que possibilita a disputa pelo significado de práticas políticas e a incorporação de novos atores sociais e novos temas à democracia.

A desobediência civil ora mencionada, não só provocou a indignação de entidades e pessoas identificadas com o Movimento pela Reforma Agrária, obtendo apoio de entidades civis, tal como o Movimento Coletivo por um Ministério Público Transformador – TRANSFORMA MP, que divulgou nota de apoio à causa e ao MST, tecendo merecidas críticas ao INCRA, em documento datado de 10 de setembro de 2019, conforme se vê abaixo:

[...] diante da manifestação recente do INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA), órgão cuja vocação inicial é a mediação e o desenvolvimento de políticas públicas para a realização do direito ao acesso à terra aos camponeses e o fortalecimento das suas atividades, especialmente no âmbito da agricultura familiar ou cooperativa, visando a minorar as desigualdades historicamente oriundas da concentração de terras e riquezas nas mãos de poucos latifúndios, no Brasil, em detrimento de uma massa de excluídos, muitas vezes submetidos a situações de exploração no uso de sua mão de obra em condições indignas de trabalho, manifestar APOIO E SOLIDARIEDADE ao CENTRO DE FORMAÇÃO PAULO FREIRE [...], que se vê sob a égide de uma ORDEM DE DESPEJO, em um pedido de REINTEGRAÇÃO DE POSSE promovido pelo INCRA, em detrimento da efetiva vocação deste importante órgão da estrutura da União na busca pela efetivação de justiça social no país. Registre-se que a gestão do Centro de Formação Paulo Freire se dá por meio da ASSOCIAÇÃO CENTRO DE CAPACITAÇÃO PAULO FREIRE, que representa o esforço coletivo dos assentados, trabalhadores rurais sem terra, em promover, na área comum do assentamento, atividades de capacitação dos assentados e de toda comunidade local, tendo como foco o desenvolvimento de técnicas de manejo sustentável e a formação cidadã dos homens e mulheres do campo, daquela região. (TRANSFORMA MP, s.n., 2019).

Como exposto acima, vê-se que a sociedade, quando de sua devida representação, há de se desvanecer das modalidades antidemocráticas da política, e como já visto, essa modalidade, somente seria viável com a adoção de prática envoltas na racionalidade do discurso dialético. Ademais, na manifestação social, ora apresentada, não deixaram de remeter ao histórico de lutas do MST, o que foi desconsiderado, nessa ocasião pelo INCRA:

Originalmente instalado em 1999, o Centro de Formação Paulo Freire vem desenvolvendo, nestes últimos vinte anos, por meio da sua Associação e o MOVIMENTO DE TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA - MST, trabalho de extraordinário valor social para a comunidade de assentados e lualdo para camponeses, indígenas e outros movimentos populares da região e do estado, que tem no Centro de Formação o espaço indispensável para realização de capacitações e atividades, inclusive em parceria com a União, com o Estado de Pernambuco, os Municípios circunvizinhos, para além de Universidades locais e Estrangeiras, as quais têm compreendido o papel de grande relevância desenvolvido pelo Centro, na garantia do direito fundamental à educação. Na situação atual, a entrega do espaço ao INCRA representará o desmantelamento de um centro de formação popular, administrado pelos próprios trabalhadores rurais e a suspensão, com prejuízos incalculáveis, de todas as atividades educacionais em desenvolvimento, o que representa retrocesso inaceitável no âmbito dos direitos e garantias fundamentais do acesso ao conhecimento, capacitação e formação, previstos como garantias inafastáveis no âmbito de nossa Constituição, para todos. A adoção de medidas que fragilizam estruturas de formação e educação popular, voltadas para as parcelas notadamente excluídas no processo de acesso e distribuição de riquezas, neste particular momento histórico, representa ação inaceitável e se soma a outros processos de desmonte do modelo Constitucional ainda vigente, que tem na justiça social e na solidariedade os seus pilares fundamentais. Sendo assim, o COLETIVO TRANSFORMA MP

vem reafirmar sua crença de que a LUTA POR DIREITOS capitaneada pelos mais diversos MOVIMENTOS SOCIAIS se apresenta como ação fundante de uma SOCIEDADE EFETIVAMENTE DEMOCRÁTICA E LIVRE, razão pela qual presta toda SOLIDARIEDADE ao MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA - MST, ao CENTRO DE FORMAÇÃO PAULO FREIRE, bem como a todos os trabalhadores rurais do ASSENTAMENTO NORMANDIA, em Caruaru- PE, no exercício da legítima defesa do patrimônio cultural construído por meio de duas décadas de atividades lastreadas em práticas libertadoras de educação, inspiradas nos ensinamentos do patrono do centro, Paulo Freire, e promovidas pelos homens e mulheres que enxergaram na luta coletiva pela terra e pela emancipação, por meio do conhecimento, o caminho justo para uma outra convivência mais fraterna e solidária, também no campo. (TRANSFORMA MP, s.n., 2019).

Os movimentos sociais que respaldam veementemente no auxílio aos trabalhadores rurais de terem a possibilidade para adquirir a sua porção de terra, estão sofrendo retaliações de todos os segmentos governamentais, incluindo de órgãos que têm como incumbência a supervisão e manutenção das terras para Reforma Agrária, que agora estão vestindo outras vestes e assumindo a posição de algozes, para suprimir qualquer tentativa de assentamento, como foi recentemente feito pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, que solicitou à Justiça para que houvesse o despejo contra o Centro de Formação Paulo Freire, localizado no Assentamento Normandia, na cidade de Caruaru PE.

Os/as trabalhadores/as que tiveram o direito de educarem-se no Centro de Formação Paulo Freire, que teve sua origem em 1998, pautando-se na prática da agroecologia e, tendo um conhecimento da prática freiriana que elucida para o auxílio e práticas sociais como base para emancipação humana; como outros cursos e parcerias que foram de extrema importância para deixar marcado o papel dos movimentos sociais na sublevação através do conhecimento. Sublevação esta, que eleva o nível dos camponeses e seus filhos a um nível altíssimo de desenvolvimento.

O sucateamento que possui seus contornos legais, sustenta-se na preservação do embrutecimento do cidadão rural, que se consubstancia aos movimentos sociais como um meio de lograr em seus direitos de possuir uma terra para plantar e, educação para si e filhos/as, tais princípios que quase sempre não são concretizados pelo Governo. Desta forma, os movimentos trazem para si a responsabilidade em auxiliar e incentivar camponeses/as a buscarem por meios eficazes para a realização de tais preceitos elencados na Constituição cidadã.

Nessa perspectiva, é fundamental perceber o papel desses Movimentos Sociais em prol da classe operária, nesse caso, dos/as Trabalhadores/as rurais, cujo papel é a garantia dos direitos sociais a esses trabalhadores/as:

[...] Os movimentos operários, se preocupam com pessoas que têm razões para exigir um grande número de direitos, e é por isso que eles desempenharam um papel bastante importante no desenvolvimento dos Direitos Humanos, independentemente de sua atitude quanto à “lei natural”, à teoria política ou à teoria legal dos direitos e da justiça. (HOBBSAWM, 2000, p. 419).

É nesse contexto e com esses ideais que surgem os movimentos sociais pela luta dos Trabalhadores Rurais e pela reforma agrária, tal como MST, cujo objeto de alcance é a luta pelos direitos desses/as trabalhadores/as na conquista de seus direitos, defronte ao malogro às atividades rurais, e nem mesmo nos tempos contemporâneo com todas essas mazelas envolvendo a ineficiência governamental, os Movimentos Sociais não tardarão em proteger o direito dos/as trabalhadores/as rurais, pois como foi suscitado por Eric Hobsbawm (2000), esses movimentos trouxeram importantes contribuições as conquistas dos Direitos Humanos.

Outrossim, o papel cujo MST busca alcançar, enquanto Movimento Social, é a docolonialidade imposta pelo direito através de seus institutos responsáveis por promover a busca pela justiça, quando estes não o fazem de forma eficiente e realmente justa.

[...] a decolonialidade do direito demanda superar a noção neutra de indivíduo, substituindo-a por uma compreensão de sujeitos capaz de incorporar a diversidade do ser e de gênero. A interculturalidade jurídica somente é possível se for realizada sem a demagogia de uma prática de diálogo horizontal idealista que não considera os desequilíbrios existentes nas relações sociais, presentes inclusive dentro dos movimentos sociais, relativos às construções históricas e sociais patriarcais, raciais, étnicas, geracionais e capacitistas. Reconhecer essas desigualdades presentes em todas as relações sociais importa encará-las de frente de modo a lidar com elas. (SOUZA JUNIOR; FONSECA, 2017, p. 2895).

Nessas perspectivas, considera-se que o principal instituto responsável pela promoção da Reforma Agrária, o INCRA, não tem desempenhado a rigor, sua real função com os requisitos que lhe foram inerentes.

De forma indutiva, o que se percebe, é que o INCRA, por vezes ao invés de sobrepor os sentidos da função social da terra, impõe ao seu próprio trabalho, as funções sociais da propriedade privada, de tal forma, seu vínculo empresarialista, distorce por via de regra o sentido do próprio instituto, a qual deve agir em pleno acordo com os Movimentos Sociais pela reforma agrária, promovendo uma justa divisão de terras em prol dos trabalhadores do campo.

Sendo assim, percebe-se que o INCRA se afasta por completo de seu grande ideal, e por vezes avalia os Trabalhadores Rurais sob um ponto de vista pejorativo, demonstrando um completo e leniente sistema burocrático que de certa forma, se fazem para agourar a promoção da reforma agrária aos Trabalhadores Rurais no Brasil.

A leniência de órgãos como o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), no auxílio aos camponeses, abre espaço para o esmagamento dos movimentos

sociais pelas práticas empresariais, que trazem constantes injustiças aos trabalhadores do campo, além de fazer o papel de denunciar injustificadamente a ausência dos atributos da propriedade pelos Movimentos Sociais. Além da pressão dos movimentos sociais, é importante que órgãos como o Ministério Público, cumpram sua missão institucional, visto que possui a incumbência de defender os interesses sociais e individuais que consta no artigo 127 da Constituição Federal; bem como, as demandas de Ordem Econômica (artigo 170 da CF/88) e do Meio Ambiente (artigo 225 da CF/88) que conciliam-se na atividade agroeconômica. Contudo, os germes que estão intrínsecos na estrutura política nacional, e exortam a procrastinação do Poder Público, que sucumbe às pressões dos latifundiários e grileiros, corroborando a tese da permanência de resquícios tradicionalistas no monopólio das instituições.

Deste modo, é notório que o INCRA, como objeto da ineficiência governamental, age como opressor aos Movimentos Sociais em prol dos Trabalhadores Rurais e da Reforma Agrária. Tentando evitar esses malogros às atividades rurais, o professor Paulo Freire, previu:

[...] A sua aderência ao opressor não lhes possibilita a consciência de si como pessoa, nem a consciência de classe oprimida. Desta forma, por exemplo, querem a reforma agrária, não para libertar-se, mas para passar a ter terra e, com esta, tornar-se proprietários ou, mais precisamente, patrões de novos empregados. Raros são os camponeses que, ao serem “promovidos” a capatazes, não se tornam mais duros opressores de seus antigos companheiros do que o patrão mesmo. Poder-se-ia dizer – e com razão – que isto se deve ao fato de que a situação concreta, vigente, de opressão, não foi transformada. E que, nesta hipótese, o capataz, para assegurar seu posto, tem de encarnar, com mais dureza ainda, a dureza do patrão. Tal afirmação não nega a nossa – a de que, nestas circunstâncias, os oprimidos têm no opressor o seu testemunho de “homem”. (FREIRE, 1997, p. 21).

Sendo assim, o professor Paulo Freire, prevê, que as modulações de uma educação pautadas no diálogo e nas diferenças do mundo – ao qual é constantemente visto aos ideais protecionistas do MST e dos Sindicatos em prol do Trabalhador Rural –, numa clara consubstanciação entre a obra acima citada, e seus grandes ensinamentos em Pedagogia da Autonomia (1996); o trabalhador rural, enquanto cidadão do mundo, terá capacidade de perceber as suas condições de classe, e se desvencilhar dos malogros às suas atividades, podendo libertar-se dos pudores desse sistema político e assim tornar as atividades agrícolas em grandes forças motrizes à nação brasileira.

Haja vista essas percepções, é preciso aderir à ferramentas jurídico-políticas que promovam uma abordagem do direito, a qual possa afastar da sociedade esses desvirtuamentos que tanto afetam a busca por uma igualdade de oportunidades na modalidade do direito à justa reforma, pelo que, mister se faz que se alcance decolonização dos elementos orgânicos que promovam a violação de direitos, neste sentido, Sousa Junior e Fonseca (2017), propõe:

No percurso teórico-conceitual e político da abordagem aqui proposta denominamos Constitucionalismo achado na Rua uma prática de construção de direitos que expresse essa decolonialidade do direito. Essa proposta emerge no âmbito dos estudos e pesquisas desenvolvidos pelo Grupo de Pesquisa O Direito Achado na Rua para compreender por poder constituinte a emergência histórica de sujeitos coletivos dotados de legitimidade política e capacidade social suficientes para irromper violações sistemáticas e instituir novas condições concretas de garantia e exercício de direitos, expressando-se com capacidade instituinte cuja legitimidade é recolhida da luta social. (SOUSA JUNIOR; FONSECA, 2017, p. 2895).

Dessa maneira, as ações políticas que entornaram as ações do Movimento Social em ação desobediente a injusta motivação do INCRA, em acionar a Justiça Federal, fazem jus ao conceito propedêutico dos Movimentos Sociais, os quais insurgem a partir do Direito Achado na Rua. Observa FARIA e CAPILONGO (1991, p. 38):

O Direito achado na rua”, projeto que se identifica “não tanto com o direito dos códigos, ensinado nas faculdades, mas com as diferentes formas jurídicas efetivamente praticadas nas relações sociais. Optando por uma análise ‘crítica’ do direito estatal, questionando as estratégias de neutralização e despolítica estabelecidas pela dogmática jurídica e privilegiando a transformação social em detrimento da permanência das instituições jurídicas, ou seja, tratando a experiência jurídica sob um ângulo assumidamente político — a partir não só da exploração das antinomias do direito positivo e das lacunas da lei pelos movimentos populares, mas também dos múltiplos direitos forjados por comunidades marginalizadas em termos sociais e econômicos —, este projeto da UnB tem por objetivo agir como transmissor de informações em favor de uma ordem normativa mais legítima, desformalizada e descentralizada.

Nesse sentido, é bem óbvio que esse movimento de desobediência civil por parte do MST e conjunto de movimentos que ali permaneceram, legitima-o ao que ficou bem firmado pela doutrina elaborada por Roberto Lyra Filho, que modulou as princípios basilares do Direito achado na rua, dessa forma, ficou entendido da seguinte forma: “O Direito como Modelo Avançado de Legítima Organização Social da Liberdade” (COSTA, 2014).

Diante dessa situação, a anomia social, que busca deslegitimar Movimentos Sociais como o MST, é observado pela ausência de modulações jurídicas, o que no sentido sociológico, legitima as ações dos movimentos populares, sobretudo em se tratando do Direito à moradia (WOLKMER, 2015, p. 143).

Com base nisso, Lyra Filho (2006) propões que a sociedade precisa mover as correntes do isolamento coletivo para proceder na validação de um ideal de justiça social derivado das lutas sociais, para romper o lacre da desigualdade social e da exploração do homem quando da construção de um direito achado na rua em um ideal de justiça social.

Justiça é Justiça Social, antes de tudo: é a atualização dos princípios condutores, emergindo nas **lutas sociais**, para levar à criação duma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem;

e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. **(negritos nossos)**. (LYRA FILHO, 2006, p. 86).

Sendo assim, o Direito achado na rua, modalidade que se aproxima bastante da justiça nas relações jurídicas, é o princípio basilar aos Movimentos Sociais pela Reforma Agrária o que o legitima e o faz mesclar às participações racionais democráticas na sociedade.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem luta não há direitos, muito menos a luta por direitos, dessa forma, o MST afirma-se no cenário brasileiro como movimento de resistência à ordem política e econômico estruturante da desigualdade no país, enquanto o real direito à reforma agrária não for tocado em frente e devidamente formulado por um órgão administrativo compromissado com o afã da justa distribuição de terras com a reforma agrária brasileira.

A desobediência civil por parte do MST, foi de fundamental importância para suspender uma injusta decisão que previa a desocupação do Assentamento Normandia, a luta por nosso direito enquanto movimento, demonstra a validade em levar a plena igualdade de produção a um agente que luta pela liberdade no campo e na vida dos trabalhadores do campo, pautados na dignidade da pessoa humana e justiça social.

Destarte, o direito achado na rua é a legitimação dos Movimentos Sociais na busca pela justiça, aproximando-o às noções reais do Direito em sua aplicação de plano da construção social no plano democrático, o que valida a participação popular por meio do discurso racional, sendo assim, ações legítimas como a desobediência civil demonstrada pelo MST, validaram a conduta democrática brasileira mediante a aplicação do Direito nas vias judiciais.

A reintegração de posse do Centro Paulo Freire, foi suspenso em 15 de outubro de 2019, pelo desembargador Manoel de Oliveira Erhardt, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, apontou a necessidade de conciliação entre o Assentamento Normandia e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) (SUNDRÉ, 2019). Afinal, todas as medidas necessárias para manter esse importante instrumento para educação e luta pela reforma agrária devem ser adotadas, o acampamento cessou, mas, movimentos e organizações seguem organizados e articulados, pois, só não é possível aliança com o latifúndio.

REFERÊNCIAS

BEARD, Mary. **SPQR : uma história da Roma Antiga** / Mary Beard ; [tradução: Luis Reyes Gil]. – São Paulo: Planeta, 1. ed. 2017. p. 218-222.

CHAUÍ, Marilena. Unidade V – Movimentos Sociais e Direitos Humanos; Módulo 1 – A sociedade democrática. In: MOLINA, Mónica Castagna; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; TOURINHO NETO, Fernando Costa (organizadores). **Introdução crítica ao direito agrário**. Brasília. Universidade de Brasília, Decanto de Extensão, Grupo de Trabalho de apoio à Reforma Agrária, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002, p. 331-340.

COSTA, Alexandre Araújo. **Humanismo Dialético: A Filosofia Jurídica de Roberto Lyra Filho**. Brasília: Thesaurus, 2008; Pedro Rezende S. Feitoza. “O Direito como Modelo Avançado de Legítima Organização Social da Liberdade”: a teoria dialética de Roberto Lyra Filho. Dissertação de Mestrado da UnB, defesa realizada em 21-8-2014, Brasília; Sergio R. Lema. Roberto Lyra Filho e o Direito Alternativo Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DE' CARLI, Caetano. **Sonhos de abril. A luta pela terra e a reforma agrária no brasil e em Portugal - os casos de Eldorado dos Carajás e Baleizão**. Tese de Doutorado em Pós-colonialismos e Cidadania Global, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra para a obtenção do grau de Doutor. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014.

FARIA, José Eduardo & CAMPILONGO, Celso F. **A Sociologia Jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991.

FERREIRA, Ana Paula Romão de Souza. **A trajetória político-educativa de Margarida Maria Alves: entre o velho e o novo sindicalismo rural**. 2019. Disponível em <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/4922/1/arquivototal.pdf>. Acesso em 30 de jun. de 2020.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. Saberes necessários à prática educativa. 39ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Volume I. 2. ED. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da Ação e Racionalização Social - VOL1**. 1. ED 2ª REIMP.2016. São Paulo: MARTINS FONTES, 2012.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Parte II. Petrópolis: Vozes, 1998, 222p.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo. Companhia das Letras, 26.ed. 1995.

HOBSBAWM, Eric J. **Mundos do Trabalho. Novos estudos sobre história operária**. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 5ª ed. 2000.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense. (coleção primeiros passos). 17ª ed. 2006.

MENDES, Isabelle. **Elizabeth Teixeira – Mulher, Mãe e Militante**. 2011. Disponível em <http://www.reformaagrariaemdados.org.br/sites/default/files/VER%20COM%20EXPRESS%C3%83O%20PUBLICOU%20ELIZABETH%20TEIXEIRA-finaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 30 de jun. de 2020.

MOLINA, Mónica Castagna; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; TOURINHO NETO, Fernando Costa (organizadores). **Introdução crítica ao direito agrário**. Brasília. Universidade de Brasília, Decanto de Extensão, Grupo de Trabalho de apoio à Reforma Agrária, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002.

PRADO JR., Caio. **A questão agrária no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2ª ed. 1979.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “**No futuro seremos trans-escalares**”. Revista Sul, publicação da bancada do Partido dos Trabalhadores na Assembléia do Estado do Rio Grande do Sul, n. 3, p. 8, abr./ago. 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democracia e participação**. Porto: Afrontamento, 2002b.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. São Paulo: Hucitec, 2ª ed. 1994.

SILVA, Marcio Antônio Both. **Lei de Terras de 1850: lições sobre os efeitos e os resultados de não se condenar “uma quinta parte da atual população agrícola”**. Revista Brasileira de História, vol. 35, no 70. p. 87-107.

SINGER, Paul. **A formação da classe operária**. São Paulo: Atual, 14ª ed. rev. ampl. 92 p.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo; FONSECA, Livia Gomes Dias. O Constitucionalismo achado na rua – uma proposta de decolonização do Direito. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 08, N.4, 2017, p. 2882-2902.

STEDILE, João Pedro. FERNANDES, Bernardo Mançano. **Brava Gente: A Trajetória do MST e a Luta pela Terra no Brasil**. 3.ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2005.

SUNDRÉ, Lu. **Justiça suspende reintegração de posse do Centro Paulo Freire, em Caruaru (PE)**. 2019. Disponível em <https://mst.org.br/2019/10/16/justica-suspende-reintegracao-de-posse-do-centro-paulo-freire-em-caruaru-pe/>. Acesso em 30 de jun. de 2020.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Tradução: Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997.

VARELLA, Marcelo Dias. Unidade II – Movimentos Sociais e Direitos Humanos; Módulo 5 – O MST e o Direito. In: MOLINA, Mónica Castagna; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; TOURINHO NETO, Fernando Costa (organizadores). **Introdução crítica ao direito agrário**. Brasília. Universidade de Brasília, Decanto de Extensão, Grupo de Trabalho de apoio à Reforma Agrária, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002, p. 153-163.

VITALE, Denise. Jürgen Habermas, modernidade e democracia deliberativa. **Caderno CRH**, vol. 19, núm. 48, septiembre-diciembre, 2006, p. 551-561.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015.

CAPÍTULO 19

CATADORES DE RESÍDUOS SÓLIDOS E A CENTRALIDADE DO NOVO TRABALHO: IMPLICAÇÕES E PERSPECTIVAS PARA O SUBPROLETARIADO URBANO

Data de aceite: 01/10/2020

Data de submissão: 07/07/2020

Ana Maria Paim Camardelo

Universidade Católica do Rio Grande do Sul
(PUC-RS)

Universidade de Caxias do Sul/RS (UCS)
Caxias do Sul - Rio Grande do Sul
<http://lattes.cnpq.br/8865429290882229>

Lucas Garcia Battisti

Universidade de Caxias do Sul (UCS)
CAPES/PROSUC
Caxias do Sul – Rio Grande do Sul
<http://lattes.cnpq.br/8485597129195913>

RESUMO: Este estudo busca compreender as principais consequências, para a categoria dos catadores de resíduos sólidos, decorrentes das modificações morfológicas dos processos de trabalho do capitalismo neoliberal. Neste contexto, levam-se em conta os dinamismos societários típicos do desenvolvimento do capitalismo no Brasil que, diante das tendências à precarização do trabalho, consolidam novos fragmentos de classe dentro do proletariado. Diante disso, problematiza-se o posicionamento das superestruturas jurídicas, em âmbito nacional e internacional, quanto à naturalização das relações infraestruturais que cristalizam as tendências a precarização do trabalho. Para tal, utilizou-se a revisão bibliográfica e documental. Como resultado, aponta-se que apesar dos catadores de resíduos sólidos nunca terem sido concretamente equiparados aos trabalhadores formais, quanto às garantias

sociais do trabalho, as tendências à precarização os afetam diretamente, eis que o incremento do subproletariado implica na diminuição de sua remuneração e consolida a catação como trabalho de tempo e remuneração flexível.

PALAVRAS-CHAVE: Catadores de resíduos, Trabalho; Políticas Públicas, Cultura Política, Participação Política;

WASTE PICKERS AND THE CENTRALITY OF THE NEW LABOUR: IMPLICATIONS AND PROSPECTS FOR THE URBAN SUBPROLETARIAT

ABSTRACT: This study seeks understand the main consequences, for the waste piker economic category, that result from the morphological modifications of the working processes of neoliberal capitalism. In this context, the typical societal dynamics of the development of capitalism in Brazil are taken into account, which the tendencies towards precarious labor, that consolidate new class fragments within the proletariat. Therefore, the positioning of the legal superstructures is problematized regarding the consolidation of infrastructural relations that naturalize the precariousness of work. As a result, it is pointed that, despite solid waste pickers never been specifically equated with formal workers, as social guarantees, the precariousness of work directly affects the pickers who see the increment of urban subproletariat one of the causes for the decrease of your remuneration, consolidating the picking as a flexible time, and remuneration labour.

KEYWORDS: Waste pickers, Labour, Public policies, Political culture, Political participation.

1 | INTRODUÇÃO

A pesquisa “Catadores de resíduos: de ‘papeleiros’ a protetores ambientais”, financiada pelo CNPq, em razão do edital nº 01/2016, visa resgatar as principais dificuldades enfrentadas pelos catadores de resíduos da cidade de Caxias do Sul durante o período de afirmação e reconhecimento de sua profissão. Para tal, entre outros meios, foi utilizada a pesquisa documental nos principais jornais da cidade, visando à coleta de dados qualitativos que dispusessem sobre a situação dos catadores de resíduos nos últimos quinze anos. Este estudo, portanto, é derivado dos resultados dessa pesquisa e busca contemplá-la com a apresentação de uma abordagem teórico-metodológica que vê no trabalho dos catadores de resíduos a condição central na constituição de sua identidade social.

Ao levar em conta as implicações discutidas por Antunes (2003, p. 49) referente à múltipla processualidade do mundo de trabalho no capitalismo contemporâneo, cuja desproletarização do trabalho fabril, nos moldes fordistas-tayloristas, contrasta com a expressiva expansão do trabalho assalariado no setor de serviços, os catadores de resíduos emergem como expressão de uma dupla processualidade: a intensificação do subproletariado urbano, em virtude da precarização das relações trabalhistas; e a radical heterogeneização da classe trabalhadora, decorrente do desemprego estrutural enfrentado pela sociedade brasileira. Assim, este estudo busca apontar as principais consequências, incidentes aos catadores de resíduos, relativas à processualidade de precarização das relações de trabalho no capitalismo neoliberal.

A revisão bibliográfica foi a metodologia utilizada para a caracterização da catação como processo de trabalho, bem como para a análise das abordagens teóricas, vinculadas à orientação marxista e ao materialismo histórico e dialético. Já a pesquisa documental foi realizada no intuito de identificar as principais modificações legislativas relativas ao tema.

Sob o ponto de vista da totalidade concreta há uma determinação, em última instância, entre a infraestrutura, os modos e relações de produção de determinada sociedade, e a superestrutura, as formas de validação e reprodução da acumulação capitalista. Neste sentido, o objetivo do trabalho é analisar como as diretrizes normativas, nacionais e internacionais, dispõem sobre a flexibilidade das relações de trabalho que fundamentam a infraestrutura das sociedades capitalistas. Em suma, esse estudo busca compreender como o Estado, como dimensão essencial para a legitimação da acumulação capitalista, valida processos de trabalho que amparam relações de produção que, em último grau, pauperizam parcela significativa da população.

Inicialmente, refletir-se-á sobre as dinâmicas existentes entre a infraestrutura e superestrutura, abordando o trabalho como categoria central da sociabilidade neoliberal. Posteriormente, serão apresentadas as principais alterações legislativas, em conjunto com as diretrizes de desenvolvimento econômico, respaldadas no âmbito normativo. Ainda, um perfilamento das condições de trabalho dos catadores de resíduos será apresentado,

subsidiando o debate sobre a seguridade social no Brasil. Por fim, serão esboçadas algumas perspectivas para os catadores de resíduos.

21 A CENTRALIDADE DO MUNDO DO TRABALHO: DOS VÍNCULOS GARANTIDORES À DESREGULAMENTAÇÃO

Sem a pretensão de esgotar o tema, o tópico a seguir pretende trazer à tona a centralidade do trabalho para a constituição do catador de resíduos como ser social, trabalhador que encontra na atividade de catação os meios de promoção de sua existência. Sob essa óptica, as implicações dos processos de trabalho neoliberais serão discutidas a partir da perspectiva da formação da consciência dos catadores, prospectando implicações para esses trabalhadores.

2.1 Trabalho, infraestrutura e superestrutura jurídica

Para a tradição marxista, a centralidade do trabalho advém dessa atividade ser vista como a síntese das relações entre homem e natureza, representado a expressão das relações societárias de determinado período histórico. Logo, toda relação entre indivíduo e trabalho é mediada pela natureza, que aparece como o “fundamento concreto em que o ser humano produz” (PETO; VERISSIMO, 2018, p. 2), eis que é “a fonte de todos os meios de trabalho, dos objetos que vão ser trabalhados e da dimensão em que se desenrola o processo de trabalho” (PETO; VERISSIMO, 2018, p. 2). Assim, a centralidade do mundo do trabalho decorre da necessidade humana de transformar a natureza, com fins ordenados, para prover sua existência material, o que é comum a qualquer período histórico, ante a dimensão ontológica do trabalho.

Ao passo que a acumulação primitiva separou o produtor e os meios de produção, foi estabelecida uma relação social dialética entre capital e força de trabalho, em que esse trabalho “somente pode funcionar em benefício do trabalhador se funcionar em benefício do capitalista” (IANNI, 1984, p. 16). Assim, o capitalismo se desenvolveu evidenciando a centralidade do mundo do trabalho, uma vez que essas relações estratificaram a sociedade em duas classes principais: burguesia e proletariado.

Então, as relações da infraestrutura da sociedade de classes, com seus respectivos modelos de acumulação, arraigados na divisão do trabalho, passaram a estruturar as relações entre os indivíduos, em si, e entre esses e a natureza. Ao dividir o trabalho, a partir de um intrincado sistema de divisão de tarefas, decorrente do complexo conjunto de necessidade das sociedades industriais, e formar, o capitalista e o trabalhador, as relações sociais capitalistas passaram a desenvolver-se.

Contudo, essa especialização fragmentou o processo produtivo, o próprio trabalho humano, em etapas alienadas, causando a “dissociação entre o produtor e a propriedade dos meios de produção” (IANNI, 1984, p. 16). A alienação do trabalho, sua perda completa de sentido, passou a caracterizar as relações sociais, eis que o trabalhador não mais

identificava a totalidade do trabalho, mas apenas suas etapas alienadas. A reprodução dessa relação social, imbricada inicialmente em âmbito infraestrutural, consolidou, em dimensão social e política, as relações de antagonismo e alienação que fundam os conflitos entre as classes sociais.

Ora, se as relações de alienação e antagonismo são produzidas pela divisão social do trabalho, esses conflitos são reproduzidos, de maneira fetichizada, a partir da forma mercadoria, o produto dado ao trabalho individual (MARX, 1984, p. 161). Assim, a sociedade de mercadorias, assenta a troca de mercadorias como relação determinante para que os produtos adquiram uma realidade social homogênea apta a evidenciar o duplo caráter social do trabalho dos produtores: de um lado, atribui valor e define os trabalhos segundo sua utilidade social; de outro, possibilita a satisfação das necessidades humanas pela troca de mercadorias, ou seja, pela troca de trabalhos equiparados (MARX, 1984, p. 161).

A partir da consideração do trabalho como categoria central na divisão das duas principais classes sociais, a análise científica do capitalismo aponta-o como um sistema de produção e distribuição de mercadorias que corresponde à determinada fase do desenvolvimento das forças produtivas (MARX, 1984, p. 75). Logo, o conceito de infraestrutura adquire feição necessariamente histórica por sua relação de dependência com o desenvolvimento das forças produtivas.

Assim, se cabe a infraestrutura erigir a produção das relações capitalistas, cabe a superestrutura reproduzir as relações que fundam esse sistema produtivo, uma vez que o capitalismo

[...] não produz apenas os produtos materiais, mas reproduz, também, continuamente, as relações de produção nas quais aqueles são produzidos, e, com elas, as correspondentes relações de distribuição (MARX, 1984, p. 76).

Assim, a reprodução das relações capitalistas é validada conforme as modalidades de consciência e as possibilidades de mobilização política das classes fundamentais desse sistema, ou seja, em dimensões fundamentalmente jurídicas e ideológicas. A dimensão de naturalização da alienação e dos antagonismos existentes entre as classes é parte essencial da manutenção dessas mesmas relações.

Marx, ao analisar o poder estatal, enfatiza sua natureza superestrutural na validação da alienação do trabalho e, posteriormente, conclui que o Estado é “ao mesmo tempo, constituído e constituinte nas relações de dependência, alienação e antagonismo” (IANNI, 1984, p. 36), sendo “uma colossal superestrutura da sociedade capitalista, ao mesmo tempo que é o poder organizado de uma classe sobre as outras” (IANNI, 1984, p. 36). Ora, ao anunciar que “desde a época da acumulação originária, o poder estatal surge vinculado à burguesia” (IANNI, 1984, p. 36), a interpretação marxista do Estado aponta-o como órgão central para a validação da acumulação capitalista e para a reprodução da infraestrutura econômica.

Ainda, essa interpretação aponta que as superestruturas visam resguardar o estranhamento, atuando como “estruturas sociais autonomizadas que aprisionam o agir humano no interior de seus procedimentos reprodutivos autocentrados” (LIMA, 2015, p. 11). Não é outra a finalidade da superestrutura jurídica que, compreendendo o direito legislado e as interpretações judiciais, formaliza as relações sociais conforme as necessidades infraestruturais necessárias para a acumulação de capital. Assim, torna-se um dos meios pelas quais as classes governantes fazem valer seus interesses, pois

[...] como o Estado é a forma sob a qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer os seus interesses comuns, na qual se condensa toda a sociedade civil de uma época, segue-se disso que todas as instituições comuns têm como mediador o Estado e adquirem, através dele, uma forma política. Daí a ilusão de que a lei se baseia na vontade e, além disso, na vontade separada de sua base real, na vontade livre. E, da mesma maneira, por sua vez, se reduz o direito à lei. (IANNI, 1984, p. 36)

2.2 Acumulação flexível e o novo trabalho

A estreita dinâmica entre infraestrutura/superestrutura, isto é, entre a produção e reprodução da sociedade capitalista, segue um fluxo histórico baseado no desenvolvimento do processo real de produção. Essa reprodução depende da efetivação de mecanismos superestruturais validados pelo Estado que, por sua vez, legitima um conjunto de formas de consciência como a filosofia, a moral e o direito (MARX, 1984, p. 146-147). Assim, nessas sociedades, qualquer análise sobre o direito deve compreender, concomitantemente, a abordagem sobre a acumulação daquele período, pois “na essência do capitalismo estão, ao mesmo tempo, a mais-valia, que funda a acumulação de capital e o proletariado, que produz a mais-valia” (IANNI, 1984, p. 13).

Assim, partindo da ideia de que o capitalismo é um “sistema de mercantilização universal e de produção de mais-valia” (IANNI, 1984, p. 8), cuja forma predominante é a mercadoria – por ocultar, sob o valor de uso, o valor de troca – Marx tomou a relação produtora da vida social, o trabalho, como ponto de partida para uma teoria geral sobre a acumulação capitalista. Seu intuito era compreender o que estava por detrás das relações de alienação e antagonismo que eram ocultadas pela forma mercadoria.

Ao considerar as relações manifestadas entre trabalho, sob a forma de trabalho assalariado, e meios de produção, sob a forma de capital, Marx percebeu que depois de deduzidos os custos de produção de determinada mercadoria, inclusive o salário do produtor, existe uma parcela do valor de troca, denominada mais-valia, que aparece oculta como lucro do capitalista, como riqueza adicional pertencente a ele por deter os meios de produção. Auferir essa riqueza é a condição de ampliação do processo de reprodução de capital e de intensificando da acumulação capitalista (MARX, 1984, p. 79).

Contudo, o processo de reprodução irrestrita do capital encontra limitações estruturais, pois é fundado na dialética que existe entre capital e trabalho, em que não

se pode tirar de uma classe sem dar a outra, da mesma forma que não se pode tirar tudo de uma classe, sob pena de extingui-la (IANNI, 1984, p. 36). Por essa razão, há uma necessidade estrutural por detrás da inclusão mínima dos trabalhadores na lógica de troca de mercadorias. Marx concluiu, neste sentido, que há uma lei geral que rege a acumulação capitalista, em que a alternância entre o exército industrial de reserva e o exército ativo nos postos de trabalho ocasiona a manutenção de condições precárias de trabalho, cujos processos intensificam a apropriação de mais valia e deterioram a existência social do trabalhador (MARX, 1984, p. 128-129).

A obra de Marx foi influenciada pelos processos de trabalho típicos da economia industrial das metrópoles europeias do Século XIX. Desde então, muito foi discutido no sentido de validar empiricamente suas assertivas teóricas. Nesse contexto, alguns autores passaram a aprofundar pesquisas sobre processos de assalariamento diversos daquele pesquisado por Marx, oferecendo contribuições à lei geral da acumulação capitalista.

Assim, se o período estudado por Marx foi marcado pela liberalização dos padrões de assalariamento e pela restrição à esfera privada, dos conflitos entre capital e trabalho, o século XX tratou de trazê-los para o âmbito político. Nesse contexto, em meados de 1930, o padrão de assalariamento fordista foi hegemonizado nas principais economias industriais mundiais. Esse modelo teve reflexo direto no Estado, que impôs um “marco regulador à livre competição de mercado” (COSTA, 2007, p. 117), a fim de “conciliar crescimento econômico e desenvolvimento social” (COSTA, 2007, p. 117) e apaziguar os conflitos de classes.

O padrão de assalariamento fordista era baseado em três interesses comuns, isto é, produtividade, renda e consumo, e considerava a garantia do emprego como compromisso político (COSTA, 2007, p. 118). Assim, os trabalhadores eram incluídos em uma escala de consumo, sustentada por direitos trabalhistas e previdenciários, e podiam, via mercado, adquirir bens que antes eram inacessíveis. Este cenário era sustentado pela “fragmentação do processo de trabalho em tarefas simples e repetitivas, que exigem pouca qualificação e iniciativa do trabalhador” (COSTA, 2007, p. 118).

Porém, a automação do trabalho promovida pelo modelo toyotista substituiu o padrão fordista nos países industrializados na década de 1970, em vias de adequar a produção à demanda, tornando-a mais barata. Consequentemente, o desemprego afetou os vínculos de proteção social, que eram estruturados em torno do trabalho assalariado, abrindo espaço para um novo modelo de acumulação capitalista: a acumulação flexível.

Neste cenário, o desemprego e a diminuição do poder de compra da classe trabalhadora deslocaram grande parte da acumulação capitalista do ramo industrial para o setor financeiro e especulativo. Essa circunstância ocasionou um processo desindustrialização, essencial para consolidar o modelo de acumulação flexível (COSTA, 2007, p. 120).

Assim, a retração da economia real ocasionou a “heterogeneização, fragmentação e complexificação da classe trabalhadora” (ANTUNES, 2003, p. 50), processo que flexibilizou as relações de trabalho e realoca parte do contingente fabril no setor de serviços. Essa mesma dinâmica atinge os processos de trabalho, que passam a ser regidos por serviços de tempo parcial em regimes de subcontratação.

A flexibilidade e insegurança das relações de trabalho deram azo a novos fragmentos dentro da classe trabalhadora como o subproletariado, quer dizer, “o enorme leque de trabalhadores precários, parciais, temporários, subcontratados, entre outros” (ANTUNES, 2003, p. 98) que vivem na informalidade e, muitas vezes, ganham somente o suficiente para sua sobrevivência diária. Assim, essa drástica mudança infraestrutural contrasta com a “limitada capacidade do Estado em organizar, produzir e sustentar políticas públicas, especialmente as de proteção social e trabalho” (POCHMANN, 2018, p. 71).

Portanto, a dinâmica de reformulação infraestrutural da sociedade capitalista é seguida pela necessidade de um rearranjo superestrutural, em vias de manter a validação desse sistema. Logo, tendo em vista a dimensão global do processo de acumulação flexível, essas mudanças foram impostas tanto pelos estados nacionais quanto por organizações internacionais. Nesse sentido, a seguir serão apresentadas as principais modificações no contexto da normatividade jurídica.

3 I CATADORES DE RESÍDUOS, ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E AGENDAS DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: PROCESSOS DE TRABALHO E ACUMULAÇÃO FLEXÍVEL

De maneira sintética, busca-se apresentar as alterações jurídicas mais significativas quanto à reprodução do padrão de acumulação flexível. Em primeiro momento, o enfoque será dado à realidade brasileira, a fim de dimensionar o impacto desse padrão para o desenvolvimento do capitalismo nacional. Após, serão narradas às principais modificações de caráter normativo. Por fim, as características principais dos processos de trabalho dos catadores serão apresentadas.

3.1 Capitalismo e seguridade social no Brasil

A financeirização das economias intensificou as relações de trabalho e consumo em escala global, viabilizando um fluxo monetário que reduziu a capacidade dos Estados nacionais na promoção de políticas públicas e sociais. Notadamente, essa processualidade ocasionou a importação de processos de trabalho e de modelos de desenvolvimento baseados em “políticas antilabor que possibilitaram ataques aos sistemas de proteção social e trabalhista” (POCHMANN, 2018, p. 68). Neste contexto, a globalização trouxe consequências perversas para os países de desenvolvimento tardio, pois a acumulação capitalista internacional intensificou a má distribuição de renda no interior dos países produtores.

A realidade brasileira, por sua vez, não é diferente dos demais países latino-americanos, em que o capitalismo floresceu graças à modernização do arcaico ao explorar a arcaização do moderno (FERNANDES, 2009, p. 48). No Brasil, o período de estruturação de um programa industrial e desenvolvimentista foi marcado pela institucionalização do movimento sindical, no intuito de controlá-lo, e pela consolidação de processos de trabalho fordistas sem garantia de pleno emprego (COSTA, 2017, p. 123). O resultado não podia ser outro: a modernização da classe burguesa sem a distribuição de renda ao proletariado.

Este contexto não foi favorável a estruturação de um padrão de assalariamento fordista e, conseqüentemente, os trabalhadores tiveram uma reduzida inserção no mercado de consumo. A economia brasileira continuou prezando pela exportação, dando continuidade aos vínculos de subdesenvolvimento típicos na América Latina. Em um contexto geral, nem mesmo as políticas sociais instituídas no século XXI tiveram fôlego para universalizar o bem-estar para os diversos segmentos da sociedade.

A situação dos catadores de resíduos exemplifica esse quadro, já que é uma profissão que carece de vínculos formais, de incentivos governamentais e, até pouco tempo, sequer era reconhecida. A exclusão dessa categoria às políticas sociais é tamanha que, conforme pesquisa realizada nas atividades do projeto “Catadores de Resíduos: de ‘papeleiros’ à protetores ambientais”, nenhuma das propostas legislativas que buscavam incluir os catadores de resíduos em programas sociais ou previdenciários foi, sequer, deliberada em plenário da Câmara ou Senado Federal (CAMARDELO; BATTISTI, 2018, p. 104-109).

3.2 Apresentação das alterações jurídicas

Em pouco tempo os efeitos da acumulação flexível modificaram as relações econômicas nos domínios nacionais, circunstância estendida às relações internacionais. Neste cenário, a flexibilização dos vínculos empregatícios e os conflitos entre capital e trabalho foram enfatizados nas agendas de desenvolvimento econômico das principais organizações internacionais, como é o caso da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Organização das Nações Unidas (ONU).

Em setembro de 2015, representantes dos 193 Estados-Membros da ONU adotaram o documento “Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável”, onde foram elencados 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, além de 169 metas, em um plano de ação que envolve os Estados e a sociedade civil. Dentre os objetivos, a agenda aponta a necessidade de promover “emprego pleno e produtivo”, “trabalho decente para todos”, “industrialização inclusiva e sustentável” e assegurar “padrões de produção e consumo sustentáveis”, exterminar a fome, a pobreza e a extrema desigualdade entre os países (ONU, 2015, s/p).

O documento “Trabalhar para um futuro melhor”, por sua vez, foi apresentado pelo diretor-geral da OIT em março de 2019 e busca refletir sobre as forças que estão

mudando o mundo do trabalho, enfatizando os efeitos da financeirização econômica. Visando a revitalização do contrato entre trabalho e capital, fomentando a economia real, o documento aponta como princípios a justiça social, a segurança econômica e a igualdade de oportunidades (OIT, 2019, p. 10). Por fim, a proposta apresentada se refere à fortificação dos canais de mediação entre capital e trabalho, a fim de “estabelecer uma garantia de trabalho universal” (OIT, 2019, p. 12).

Por outro lado, em âmbito nacional, leis trabalhistas e previdenciárias erigiram a seguridade social em torno das relações de trabalho. Esse aparato legislativo era a principal ferramenta de justiça social brasileira, apesar de existirem outras políticas sociais independentes à esfera produtiva. Neste cenário, os conflitos de classe tinham como principal demanda o aumento ou diminuição do grau de proteção das leis trabalhistas e previdenciárias, a fim de contemplar ou deixar de amparar novos setores.

Porém, o aumento do desemprego e de ocupações precárias, dado o processo de desindustrialização, tornou cada vez mais corriqueiro o trabalho informal, em que não existiam vínculos com a representação sindical e legislação trabalhista. Esse terreno abriu alas para a aprovação, no Brasil, da reforma trabalhista, em julho de 2017, cuja principal finalidade era a flexibilização dessas relações, arrojando o padrão de assalariamento. Em resumo, as principais alterações dizem respeito ao enfraquecimento das instituições de representação política e a flexibilização de direitos, culminando com o atrofiamento da representação sindical e a desregulamentação, até mesmo, das normas de proteção à saúde do trabalhador (KREIN, 2018, p. 87).

Ainda, o discurso de oxigenação da economia, sustentáculo da reforma trabalhista, serviu como fundamento para a proposição da reforma previdenciária, aprovada pelo plenário da Câmara dos Deputados Federais e do Senado Federal. Nesse projeto, além do aumento de tempo de contribuição para o direito à aposentadoria, os benefícios previdenciários foram limitados à média de todos os salários contribuídos. Ainda, programas de transferência de renda para o combate à miséria, como o benefício de prestação continuada, foram restringidos (CONGRESSO NACIONAL, 2019, s/p).

Portanto, as modificações opostas às leis trabalhistas e previdenciárias descontinuaram os pilares da seguridade social brasileira, o que se agrava com os ataques a projetos sociais, especialmente aos programas educacionais e de saúde pública. Assim, a flexibilidade das relações econômicas, ou seja, da infraestrutura social, é validada pela superestrutura jurídica, reproduzindo a insegurança e as desigualdades sociais.

3.3 Principais características da catação de resíduos

Historicamente, a catação de resíduos se desenvolveu como uma atividade marginal aos vínculos formais de emprego no Brasil. Especialmente nos últimos vinte anos, em razão do “alto consumo nos centros urbanos e a produção desenfreada de produtos com curto tempo de vida útil” (FORTUNA; FOSCHIERA, 2015, p. 84), a profissão de catador

passou a ser reconhecida como uma potencial fonte de geração de trabalho e renda. Contudo, a realidade enfrentada pelos trabalhadores contrastava com a importância social de seu labor: estruturou um processo de exclusão por inclusão, em que há “inclusão por meio do trabalho e dos benefícios que o catador proporciona, mas, por outro lado, efetiva-se a exclusão pela negação dessa atividade” (FORTUNA; FOSCHIERA, 2015, p. 85), característica marcante da profissão.

Nesse contexto, as políticas de resíduos sólidos foram marcos no reconhecimento da profissão dos catadores, eis que serviram como pressupostos normativos a essas atividades, retirando-as da total informalidade, mesmo sem a concessão de pleno emprego. Na verdade, essas políticas estimularam a organização dos catadores em cooperativas, buscando o aperfeiçoamento das atividades e fomento do setor produtivo. Dentro das limitações capitalistas, houve uma relativa melhora nas condições de trabalho, acompanhando uma revitalização dos processos de trabalho.

Portanto, o desenvolvimento das atividades laborais dos catadores de resíduos ocorreu simultaneamente à queda das redes de proteção social no Brasil, tendo em vista que a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), foi instituída no ano de 2010, pela Lei nº 12.305/10. Nesse contexto, as estratégias de geração de renda aos catadores de resíduos devem ser problematizadas no contexto de precarização dos processos de trabalho, que são contrastados à retração da seguridade social a um setor, historicamente, frágil. Assim, na sequência será abordado, brevemente, um panorama geral sobre os processos de trabalho dos catadores em nível nacional e regional.

Em nível nacional, os catadores de resíduos trabalham em regime de economia familiar, de modo autônomo, ou, quando associados, pela disposição cooperativista. Quando autônomos, todas as tarefas da escala produtiva, desde a catação até a venda do material, geralmente, são concentradas em apenas uma pessoa. Esse trabalhador é exposto a uma série de riscos de saúde, além de não auferir remuneração fixa pelas suas tarefas. Por outro lado, quando associados, os catadores fragmentam seu processo de trabalho, atenuando os efeitos para saúde do trabalhador pelas melhores condições de trabalho. Ainda, a maior capacidade de negociação da cooperativa, no que se refere à venda das mercadorias, garante uma remuneração mais regular (STROH, 2016, p. 256).

Contudo, conforme informação do Movimento Nacional de Catadores Recicláveis (MNCR), no ano de 2016, “apenas 10% dos catadores brasileiros encontravam-se organizados em cooperativas e associações” (STROH, 2016, p. 249). Essa questão retrata o fato de que os benefícios que podem ser auferidos pelo cooperativismo “correspondem a processos sociais de médio a longo prazo, em geral compreendidos em torno de dez anos” (STROH, 2016, p. 265), conforme experiências já constatadas. Assim, a conjuntura brasileira aponta a uma difícil otimização desses processos de trabalho, impondo desafios a garantia dos direitos sociais e econômicos.

As experiências oportunizadas pelos projetos de extensão e pesquisa com os catadores de Caxias do Sul apontam horizontes parecidos no que se refere à dificuldade no fomento dessa escala produtiva. Até mesmo os catadores que executam suas atividades em associações, em que seriam naturais condições de trabalho razoáveis, são marcados pela “precariedade e insuficiência de instalações que possam garantir a redução de riscos de trabalho” (CAMARDELO; OLIVEIRA. STEDILE, 2015, p. 167-197), conforme observação realizada em quatro organizações da cidade.

Além de circunstâncias particulares, esse estudo evidenciou a precariedade da estrutura física das instalações das associações, as oscilações entre períodos de muito e pouco trabalho, a dificuldade de manter estável a remuneração dos trabalhadores, bem como o contraste entre a insalubridade e a ausência de equipamentos de proteção individual como traços comuns das associações (CAMARDELO; OLIVEIRA. STEDILE, 2015, p. 175-183). Complementando essas informações, a caracterização realizada com os catadores organizados de Caxias do Sul aponta que “a maioria dos catadores exerce outras atividades profissionais, o que representa 60,9% dos trabalhadores investigados” (CAMARDELO; STEDILE; HAMMES, 2016, p. 95), “36,9% dos entrevistados relataram contribuir ao INSS, enquanto que 63,1% relataram não contribuir” (CAMARDELO; STEDILE; HAMMES, 2016, p. 97), de modo que esses trabalhadores recebiam, em 2016, de 1,1 a 2 salários mínimos (CAMARDELO; STEDILE; HAMMES, 2016, p. 99).

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização de padrões de consumo e de ideários de política social e econômica ocasionou, simultaneamente, a mundialização de vínculos empregatícios frágeis e de relações de trabalho flexíveis. Esse processo ocorreu de maneira relativamente rápida, suscitando o posicionamento das organizações internacionais sobre as consequências das modificações na morfologia do novo mundo de trabalho.

Assim, o processo de acumulação flexível teve de ser respondido pelas organizações de plano normativo internacional, vale dizer, superestruturas jurídicas de escala global. Neste contexto, até mesmo as organizações que, até então, se omitiram a conter a flexibilização das relações entre capital e trabalho exararam importantes documentos no sentido de atenuar a extrema desigualdade, a fim de garantir a segurança alimentar e direitos humanos.

Se até então o processo de flexibilização das relações sociais era endossado pelo ideário neoliberal, predominante na dimensão normativa, a agenda de desenvolvimento sustentável da ONU pode ser caracterizada como um marco na busca pela conciliação entre a retomada da economia real e a manutenção da acumulação capitalista em padrões humanitários. Anos após, em 2019, a OIT aprofundou os princípios de desenvolvimento sustentável para as relações de trabalho, apresentando um plano de ação que coloca os trabalhadores em evidência, tornando viável o diálogo entre capital e trabalho.

No cenário nacional, por outro lado, as alterações legislativas apontam para uma desregulamentação dos vínculos de seguridade social construídos em torno do trabalho assalariado. Assim, a validação jurídica dos novos processos de trabalho é um processo ainda em curso, cujas consequências ainda não foram evidenciadas em sua complexidade. Ao contrário do âmbito internacional, a legislação nacional formaliza a erosão dos direitos sociais sem mensurar esses efeitos em uma escala econômica, impondo condições de existência limítrofes aos fragmentos mais frágeis da classe trabalhadora.

Assim, por entre a legitimação normativa do padrão de acumulação flexível, a emergência de regimes de subcontratação e de vagas de trabalho em tempo parcial consolidaram o subproletariado urbano como uma das camadas mais afetadas pela acumulação flexível. A precarização do trabalho, no contexto brasileiro, afetou diretamente a perspectiva alimentar desses trabalhadores, consolidando a insegurança como o principal desafio a ser enfrentado para sobrevivência diária.

Os catadores de resíduos, em geral, são afetados de forma significativa pela naturalização do padrão de acumulação flexível, pois o desenvolvimento tardio de sua profissão não possibilitou, em momento algum, a estruturação de vínculos securitários para suas atividades. Neste quesito, se a dependência às políticas sociais era uma das marcas determinantes dessa categoria, tendo em vista os poucos recursos advindos da atividade de reciclagem, o impacto da flexibilização societária põe em xeque atividades triviais à sobrevivência.

As implicações da flexibilização trabalhista e dos retrocessos das políticas sociais são claras quando contrastadas com o perfilamento dos catadores de resíduos: o incremento do contingente de desempregados, subcontratados e trabalhadores precários, em geral, aponta para um aumento da concorrência entre esses trabalhadores. A escassez de material reciclável passa a ser cada vez mais comum, o que afeta diretamente a uniformidade da remuneração, que passa a oscilar. Em última instância, há uma desvalorização da catação, tornando-a, por vezes, insuficiente para a sobrevivência familiar.

As perspectivas, por outro lado, dependem de esforços de médio a longo prazo. A organização dos catadores em cooperativas, buscando agregar valor à cadeia produtiva e possibilitar maior poder de barganha no mercado da reciclagem, é um importante passo para a melhoria das condições de trabalho. Contudo, essa estratégia não se mostrou suficiente para a emancipação e enfrentamento das principais necessidades desses trabalhadores.

Os órgãos representativos da categoria dos catadores, como o Movimento Nacional dos Catadores de Material Reciclável (MNCR), devem ser fortalecidos em sua atuação na organização dos trabalhadores, coordenando-os para além de suas cooperativas, em vias de torná-los sujeitos políticos contestadores das contradições sociais enfrentadas diariamente. Nesse contexto, a melhoria das condições de trabalho deve ser articulada a movimentos sociais e projetos políticos que visem à superação do modo de produção capitalista, tendo em vista o caráter central que tem a acumulação capitalista na produção

de desigualdades sociais. Assim, a emancipação dos catadores de resíduos depende da alforria dos trabalhadores em geral, suscitando a necessidade de articulações políticas conjuntas entre diversos setores.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?**: Ensaio sobre as metamorfoses e a Centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2003.

CAMARDELO, Ana Maria Paim; BATTISTI, Lucas Garcia. O reconhecimento da cidadania dos catadores de resíduos. In: IV JORNADA DE EDUCAÇÃO, MEIO AMBIENTE E CULTURA DE PAZ. 2018, Caxias do Sul. **Educação, Meio Ambiente e Cultura de Paz**. Caxias do Sul: Educs, 2019. p. 104 - 109. Disponível em: <<https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-edc-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2019.

CAMARDELO, Ana Maria Paim; OLIVEIRA, Mara de; STEDILE, Nilva Lúcia Rech. O catador e a reciclagem: uma alternativa coletiva de trabalho e renda. In: SILVA, Enedina Maria Teixeira da; VIRGOLIN, Isadora Wahys Cadore; CAMARGO, Maria Aparecida Santana (Orgs.). **Profissão catador**: Alternativas coletivas na geração de trabalho e renda. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 167-187.

CAMARDELO, Ana Maria Paim; STEDILE, Nilva Lúcia Rech; HAMMES, Margarete. Características sociodemográficas dos catadores e catadoras de resíduos sólidos em Caxias do Sul. In: CAMARDELO, Ana Maria Paim; STEDILE, Nilva Lúcia Rech. **Catadores e catadoras de resíduos**: prestadores de serviços fundamentais à conservação do meio ambiente. Caxias do Sul: Educs, 2016, p. 88-103.

CONGRESSO NACIONAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 06, de 2019. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Brasília, 2019.

COSTA, Márcia da Silva. Terceirização no Brasil: velhos dilemas e a necessidade de uma ordem mais incluyente. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 115-131, Mar. 2017. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512017000100008&lng=en&nrm=iso>. access on 11 Sept. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1679-395137235>.

FERNANDES, Florestan. Classes sociais na América Latina. In: FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina**. São Paulo: Editora Global, 2009, p. 41-79.

FORTUNA, Volnei; FOSCHIERA, Elisabeth Maria. O catador e a reciclagem: uma alternativa coletiva de trabalho e renda. In: SILVA, Enedina Maria Teixeira da; VIRGOLIN, Isadora Wahys Cadore; CAMARGO, Maria Aparecida Santana (Orgs.). **Profissão catador**: Alternativas coletivas na geração de trabalho e renda. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 81-96.

KREIN, José Dari. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 77-104, Apr. 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702018000100077&lng=en&nrm=iso>. access on 12 Sept. 2019. <http://dx.doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2018.138082>

LIMA, Rômulo André. Trabalho, alienação e fetichismo: categorias para a compreensão marxiana do Estado e do político. **Rev. Bras. Ciênc. Polit.**, Brasília, n. 17, p. 7-42, Aug. 2015. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522015000300007&lng=en&nrm=iso>. access on 09 Sept. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220151701>.

MARX, Karl. **Coleção grandes cientistas sociais**. Organizador: Octávio Ianni. São Paulo: Ática, 1984.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalhar por um futuro Melhor**: Comissão mundial sobre o futuro do trabalho. Lisboa: OIT, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Agenda 2030 - ONU. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

PETO, Lucas Carvalho; VERISSIMO, Danilo Saretta. NATUREZA E PROCESSO DE TRABALHO EM MARX. **Psicol. Soc.**, Belo Horizonte, v. 30, e181276, 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822018000100248&lng=en&nrm=iso>. access on 07 Sept. 2019. Epub Dec 13, 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/1807-0310/2018v30i181276>.

POCHMANN, Marcio. Desestabilização do trabalho. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 42, n. spe3, p. 67-77, Nov. 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042018000700067&lng=en&nrm=iso>. access on 11 Sept. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/0103-11042018s306>.

STROH, Paula Yone. Cooperativismo, tecnologia social e inclusão produtiva de catadores de materiais recicláveis. In: Bruna Cristina Jaquetto Pereira (Org.). **Catadores de materiais recicláveis**: um encontro nacional. Rio de Janeiro: IPEA. 2016. p. 247-266.

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

América Latina 59, 69, 70, 73, 76, 77, 109, 110, 161, 215, 220, 278, 283

C

Cidadania 2, 11, 17, 138, 150, 164, 165, 166, 195, 196, 199, 209, 222, 232, 234, 250, 260, 268, 283

Cidadão 4, 84, 124, 128, 132, 133, 209, 263, 265

Continente Europeu 78, 79, 86, 87

Contrato Social 155, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 170

D

Desenvolvimento 2, 3, 5, 11, 13, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 25, 26, 27, 29, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 45, 49, 53, 54, 57, 68, 69, 70, 72, 73, 74, 76, 87, 91, 93, 94, 99, 100, 102, 107, 124, 126, 127, 129, 130, 135, 141, 142, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 156, 157, 164, 168, 169, 170, 172, 176, 185, 203, 210, 215, 218, 221, 222, 232, 235, 254, 255, 260, 262, 263, 264, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 280, 281, 282, 285

Despejo 238, 252, 253, 254, 256, 261, 262, 263

Direitos Humanos 1, 2, 3, 4, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 22, 23, 31, 40, 41, 45, 47, 48, 50, 52, 54, 55, 58, 59, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 87, 88, 89, 91, 93, 115, 118, 122, 123, 124, 126, 129, 131, 210, 215, 218, 219, 220, 222, 232, 237, 238, 264, 268, 269, 281, 285

Direito Social 20, 25, 32, 33, 221, 240

E

Empresas 10, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 104, 159

Estado de Coisas Inconstitucional 109, 110, 116, 117, 119, 121

Estado Democrático de Direito 2, 4, 13, 133, 137, 209, 220

F

Função Social 70, 180, 183, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 243, 247, 248, 250, 252, 254, 255, 256, 264

G

Gênero 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 161, 168, 173, 178, 264

I

Informação 21, 22, 59, 93, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 130, 131, 132, 134, 138, 139, 145, 148, 152, 155, 157, 159, 169, 215, 280

J

Judiciário 93, 116, 117, 118, 119, 121, 125, 190, 192, 193, 197, 199, 205, 208, 209, 210, 211, 218, 219, 245, 249, 252

Jurisdição 13, 14, 28, 41, 57, 114, 115, 117, 120, 133, 134, 135, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 214, 215, 219, 254

Justiça 11, 12, 20, 27, 30, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 66, 68, 74, 77, 91, 94, 103, 117, 119, 121, 122, 123, 124, 126, 128, 129, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 163, 178, 180, 190, 191, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 206, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 216, 218, 219, 220, 235, 245, 246, 252, 253, 261, 262, 263, 264, 266, 267, 269, 279

M

Mediação 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 219, 220, 262, 279

Mediador 195, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 275

Meio Ambiente 10, 13, 42, 124, 125, 126, 127, 130, 131, 132, 138, 140, 143, 148, 151, 154, 168, 186, 265, 283, 285

Moradia 114, 234, 237, 238, 239, 240, 243, 247, 248, 249, 251, 266

N

Nanotecnologia 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153

O

Ordem 1, 4, 8, 13, 14, 16, 20, 26, 69, 93, 110, 112, 116, 117, 119, 131, 133, 140, 142, 155, 156, 159, 162, 169, 170, 173, 174, 177, 178, 179, 180, 183, 190, 196, 200, 202, 217, 218, 236, 241, 252, 253, 254, 256, 261, 262, 265, 266, 267, 283, 285

P

Pessoa com Deficiência 20, 22, 23

Poder 2, 3, 5, 6, 7, 8, 16, 26, 31, 43, 44, 54, 57, 60, 66, 68, 70, 73, 91, 96, 102, 111, 116, 117, 118, 119, 121, 125, 133, 137, 143, 160, 164, 166, 167, 168, 175, 184, 185, 190, 191, 192, 193, 197, 198, 202, 205, 209, 211, 212, 215, 216, 217, 218, 225, 229, 234, 235, 236, 239, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 252, 256, 258, 265, 266, 274, 276, 282

Processo Civil 187, 188, 193, 194, 198, 202, 203, 204, 206, 209, 211, 216

Propriedade 4, 9, 128, 166, 168, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 247, 248, 250, 255, 256, 264, 265, 273

Q

Questão Agrária 252, 254, 255, 269

R

Refugiados 78, 79, 81, 82, 83, 86, 87, 88, 89

Resíduos Sólidos 271, 280, 283

S

Sanção 55, 172, 173, 174, 175, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 236

Saúde 6, 18, 19, 22, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 52, 58, 69, 74, 79, 85, 93, 94, 95, 100, 101, 113, 114, 117, 126, 130, 145, 146, 147, 148, 150, 151, 168, 177, 221, 238, 239, 279, 280, 284

Sistema Interamericano 40, 41, 45, 59, 61, 62

T

Teoria Positivista 172

Trabalho 3, 7, 9, 18, 22, 26, 27, 28, 42, 53, 56, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 83, 86, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 114, 115, 117, 123, 124, 129, 148, 157, 158, 159, 161, 163, 164, 166, 167, 168, 172, 196, 199, 200, 206, 208, 209, 210, 216, 238, 239, 253, 262, 264, 268, 269, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284

Cidadania, Poder e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito 2

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

Atena
Editora

Ano 2020

Cidadania, Poder e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito 2

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

Atena
Editora

Ano 2020